

ANUARIO
DE
HISTORIA
DEL
DERECHO
ESPAÑOL

TOMO LXXV

M A D R I D
2 0 0 5

ANUARIO
DE
HISTORIA DEL
DERECHO
ESPAÑOL

TOMO LXXV

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

ANUARIO
DE
HISTORIA DEL DERECHO
ESPAÑOL

Coedición del Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica) y el Boletín
Oficial del Estado.

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

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

ISSN: 0304-4319
NIPO (BOE): 007-06-004-0
NIPO (M. de Justicia): 051-06-005-0
Depósito Legal: M-529/1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

**ANUARIO
DE
HISTORIA DEL DERECHO
ESPAÑOL**

TOMO LXXV (2005)



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

MADRID, 2006

ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL
Fundado en 1924 por don CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ

DIRECTOR

JOSÉ ANTONIO ESCUDERO
(Universidad Nacional de Educación a Distancia)

CONSEJO DE REDACCIÓN

JUAN BARÓ PAZOS (Univ. de Cantabria)	FRANCISCO PACHECO (Univ. de Barcelona)
SALUSTIANO DE DIOS (Univ. de Salamanca)	ROGELIO PÉREZ BUSTAMANTE (Univ. Rey Juan Carlos)
REMEDIOS FERRERO (Univ. de Valencia)	JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS (Univ. de Gerona)
JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN (Univ. Pablo de Olavide)	ROMÁN PIÑA (Univ. de las Islas Baleares)
EMILIANO GONZÁLEZ DÍEZ (Univ. de Burgos)	JUAN SAINZ GUERRA (Univ. de Jaén)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ NEVOT (Univ. de Almería)	JOSÉ MARÍA SARRIÓN (Univ. de Castellón)
MARTA LORENTE (Univ. Autónoma de Madrid)	MANUEL TORRES AGUILAR (Univ. de Córdoba)
ANTONIO MERCHÁN (Univ. de Sevilla)	DAVID TORRES SANZ (Univ. de Valladolid)
EMMA MONTANOS (Univ. de La Coruña)	

CONSEJO DE HONOR

BRUNO AGUILERA. FERNANDO DE ARVIZU. MIGUEL ARTOLA. ANA MARÍA BARRERO. FELICIANO BARRIOS. ELOY BENITO RUANO. JOSÉ LUIS BERMEJO. AGUSTÍN BERMÚDEZ. FRANCESCO CASTRO. JOAQUÍN CERDÁ. BARTOLOMÉ CLAVERO. SANTOS CORONAS. JOHN H. ELLIOTT. ROBERT FEENSTRA. RAMÓN FERNÁNDEZ ESPINAR. JOSÉ MARÍA FONT RIUS. ENRIQUE GACTO. JUAN GARCÍA GONZÁLEZ. RAFAEL GIBERT. BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO. MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO. PAOLO GROSSI. ALBERTO DE LA HERA. ANTONIO M. HESPANHA. DAVID IBBETSON. AQUILINO IGLESIA. JESÚS LALINDE. JUAN MANZANO. EDUARDO MARTIRÉ. GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ. GREGORIO MONREAL. TOMÁS DE MONTAGUT. ADELA MORA. JOSÉ ORLANDIS. ÁLVARO D'ORS. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ DE LA CANAL. ANTONIO PÉREZ MARTÍN. MARIANO PESET. FELIPE RUIZ MARTÍN. ISMAEL SÁNCHEZ BELLA. JOSÉ LUIS SOBERANES. DITLEV TAMM. VÍCTOR TAU. JOAQUIM VERISSIMO SERRAO.

SECRETARIO

JAVIER ALVARADO PLANAS
(Universidad Nacional de Educación a Distancia)

VICESECRETARIO

JUAN CARLOS DOMÍNGUEZ NAFRÍA
(Universidad San Pablo-CEU)

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

La correspondencia, envío de libros y publicaciones periódicas para recensión o en relación de intercambio deberán dirigirse al Secretario del Anuario de Historia del Derecho Español. Departamento de Historia del Derecho. Facultad de Derecho. UNED. C/ Obispo Trejo, s/n. 28040 Madrid. Web: www.mju.es

Los trabajos de investigación y recensiones remitidas a la Secretaría del Anuario para su publicación deberán ir acompañados del correspondiente soporte magnético, salvo los enviados por e-mail (jalvarado@der.uned.es).

ADMINISTRACIÓN
Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: (91) 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES
Librería del Boletín Oficial del Estado
C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: 902 365 303
Fax: (91) 538 21 21

ESTUDIOS

Istituzioni medievali fra campagna e città

L'esigenza di attualizzare i problemi del passato, di per sé metodologicamente corretta, impone tuttavia il compimento di un'operazione delicata. Poiché guardiamo al passato come figli e protagonisti del nostro tempo siamo portati a utilizzare le categorie mentali che ci appartengono. A volte le utilizziamo anche inavvertitamente. Corriamo perciò il rischio di non cogliere in pieno la «convenienza» dei tempi passati col tempo presente, e di convertire e svilire il nostro punto di vista per la pretesa di imporre al passato schemi mentali e culturali che sono del presente e furono estranei al passato ¹.

Debbo tuttavia osservare che tale problema è solitamente trascurato in alcuni ambiti della storiografia contemporanea, specialmente quando si affrontano trattazioni istituzionali. Sono frequenti, infatti, due linee differenti, distanti tra loro e tuttavia coincidenti per la loro astoricità. Da una parte autori di manuali anche recenti adottano rigide strutture narrative e lasciano intendere che nel passato vi sia stato sempre e costantemente, senza tentennamenti e senza variazioni, una impalcatura statale identica a quella attuale, sicché per ogni epoca si cercano (e si trovano!) istituzioni, organi di governo, strutture amministrative e fiscali, magistrature, eserciti bene ordinati, come se la storia fosse andata all'indietro nel tempo piuttosto che in avanti ². Da altra parte si

¹ È questo il problema metodologico di base che ancora in tempi recenti ho dovuto affrontare preliminarmente nel progettare la struttura di un mio recente manuale, *Società e diritto nell'Italia medioevale e moderna* (I Libri di Erice 30, 1.^a ed. Il Cigno Edizioni, Roma 2002; 3.^a ed., Roma 2004). Per la gran parte delle informazioni, delle diagnosi e dei giudizi storico-giuridico contenuti in questo saggio mi permetto di rinviare, per approfondimenti, all'opera sopra citata, e per notizie bibliografiche dettagliate a un mio più risalente manuale, dal titolo *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna* (I Libri di Erice 2; 9.^a ed., Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1999).

² Un buon esempio, in questo senso negativo, è costituito da un manuale in origine a due nomi, Emma MONTANOS FERRÍN-José SANCHEZ ARCILLA: *Historia del derecho y de las*

inclina al dogmatismo di tradizione pandettistica, e si costruiscono manuali istituzionali che hanno perso l'uomo come soggetto della storia giuridica, e al posto dell'uomo e della società hanno posto «istituti» e «dogmi»³.

È maturata in me la convinzione che occorre semplificare, vale a dire sgombrare il terreno dalle frequenti e spesso troppo analitiche concettualizzazioni che ci portano a costruire modelli interpretativi sulla base di esperienze che il passato non ha conosciuto.

Vorrei cominciare a ricordare le condizioni della campagna nei primi secoli del medioevo, dal secolo V/VI al secolo XI/XII all'incirca: ovviamente per brevissimi accenni.

La prima immagine è lontanissima dall'esperienza del mondo contemporaneo. Penso a enormi spazi non abitati o poco abitati, a boschi estesi fino a stringere e a minacciare le mura cittadine, a campi incolti disseminati a scacchiera in mezzo alle foreste, a fiumi e laghi di acque limpide popolate da pesci in abbondanza. Vi sono motivi per sognare: per fare sognare, almeno, quanti ai nostri giorni amerebbero una natura così incontaminata.

Occorre prudenza, però, nella valutazione storiografica. Quella natura era spietata e vincente, e spesso atterriva l'uomo per catastrofi naturali o per imperversanti carestie e pestilenze. Era una natura che l'uomo di quel tempo avrebbe voluto dominare, ma non ne aveva i mezzi. Doveva affidarsi al lavoro delle proprie braccia e a pochi e inadeguati strumenti agricoli.

A fronte dell'immane compito l'uomo cercava il conforto della fede, la speranza dell'aldilà, e intanto nutriva una irrazionale fiducia nelle pratiche di magia che avrebbero dovuto aiutare a dominare le forze maligne mentre, nella realtà, suscitavano nuove angosce e terrori.

Il poco che la natura concedeva serviva appena per l'alimentazione quotidiana, per la personale difesa contro animali feroci e contro le intemperie stagionali o le insidiose paludi e ancora meno contro le malattie dilaganti. Le piante medicinali erano largamente inefficaci quando per errore o incompetenza non erano addirittura velenose: ma non si conosceva altro, se non la superstizione e la magia per la prevenzione e per la cura.

La campagna non era il luogo eletto per lo svago del cittadino, non era il sogno del riposo e del divertimento. La caccia era una necessità, niente affatto uno sport. La campagna o il bosco incontaminato non erano rinchiusi in una

instituciones, 3 voll. (Dykinson, Madrid 1991), ripubblicato in parte, senza modifiche sostanziali di contenuto né di struttura, ma con varianti nel titolo, da José SANCHEZ ARCILLA: *Historia del derecho*. I. *Instituciones político-administrativas* (Dykinson, Madrid 1995). Appena pochi anni dopo, tuttavia, la prima autrice ne ha preso nettamente le distanze, modificandone i contenuti secondo un impianto radicalmente innovativo, metodologicamente corretto e aperto a una visione europea della storia del diritto spagnolo: Emma MONTANOS FERRÍN: *España en la configuración histórico-jurídica de Europa*. I. *Entre el mundo antiguo y la primera edad medieval* (I Libri di Erice 19; Il Cigno Edizioni, Roma 1997); II. *«La época nueva»: siglos XII al XV* (I Libri di Erice 19; Il Cigno Edizioni, Roma 1999); III. *«El estado moderno»: siglos XVI al XVIII* (I Libri di Erice 19; Il Cigno Edizioni, Roma 2002).

³ Forse inavvertitamente ha seguito un'impostazione di tal genere Juan SAINZ GUERRA: *La evolución del derecho penal en España* (Universidad de Jaén, Jaén 2004).

«riserva naturale»: erano incombenti e dilaganti, allarmavano e atterrivano, tanto che ancora nel secolo XIX saranno il luogo eletto per le favole raccontate ad ammaestramento degli innocenti o per le fantasie ad avvertimento dei viandanti.

Il tutto stava in una contestualità necessaria. In amplissimi territori mediterranei, dall'Italia meridionale alla penisola iberica almeno, l'uomo viveva in villaggi rupestri: penetrava e si immedesimava nel corpo vivo della pietra, e dall'ambiente conquistato traeva il massimo per la sua salute e per la sua sopravvivenza. Si è calcolato che la media della vita in grotta era superiore di circa cinque anni rispetto alla vita in edifici di pietra o di legno o di canne e fango (circa 42/43 anni di vita per l'uomo e poco meno per la donna).

Per tutta la seconda metà del primo millennio, dunque, vi sono vastissimi territori europei il cui paesaggio è poco segnato dal profilo di città murate, e molto più da colline puntellate di grotte stanziali scavate dall'uomo con fatica. Gli insediamenti rupestri sono diffusi dappertutto. Alcuni sono celebri, come quelli della penisola iberica, della Francia meridionale, del meridione d'Italia e della Sicilia, del bacino orientale del Mediterraneo.

Non mancavano le costruzioni in pietra o in legno, ma quasi nulla è sopravvissuto: segno, questo, di estrema fragilità. Erano diffuse soprattutto nell'area del centro Europa, dove la foresta poteva dare l'illusione, e in parte non era solo illusione, che la casa fosse in qualche modo protetta da una fitta e svettante vegetazione.

Sto presentando un quadro fin troppo elementare, ma il quadro va tenuto presente, perché esso non è indifferente alla storia del diritto. Al contrario, a me sembra che senza penetrare nel senso della vita di quel mezzo millennio saremmo condannati a esposizioni storiografiche astratte, del tutto prive di contestualizzazioni: in breve, prive della vita che storicamente fu vissuta.

La prima osservazione riguarda le istituzioni e le norme che erano intrinseche ad ogni comunità che si era istituzionalizzata o si andava istituzionalizzando.

Ai vertici abbiamo sovrani di «regna», ma i «regna» non sono propriamente identificabili come formazioni statali e neppure paragonabili a tali formazioni. I sovrani erano uomini d'arme, analfabeti per lo più o appena alfabetizzati, circondati da uomini di masnada che solo le rappresentazioni romantiche del nostro Ottocento hanno voluto immaginare come «cavalieri»; non avevano una sede stabile, sicché la storiografia può svagare da città a città nel fantasticare che almeno una di esse sia stata una «capitale». Amavano la vita della tenda nel campo della battaglia o nel campo della trattativa piuttosto che l'abitazione murata, probabilmente umida e fredda più che il riparo in un accampamento.

Esistevano regni così fatti, ed esisteva anche il «Sacro Romano Impero». Però per tanti aspetti si trattava solo di simboli, emblemi di un potere militare e politico. Questo potere incideva nella vita delle disperse comunità della campagna e delle decadute città solo in modi negativi: solo quando riusciva ad essere presente con la forza delle armi e con la congiunta spietatezza della rapina e dell'angheria, quasi che rapina e angheria fossero imposizioni tributarie, quasi che poi dovessero essere amministrate da magistrature fiscali. Oppure il potere si imponeva con il fascino propagandato della sacralità di una corona.

Non è un caso che la legge carolingia sia stata «legge orale» e come tale abbia operato nella svariata diversità delle tradizioni scritte: ed è quanto di più lontano possiamo immaginare in base alla nostra educazione giuridica di derivazione romana e tardo-medievale. I regni e l'impero sono istituzioni, indubbiamente, ma hanno caratteri che non coincidono con l'idea che oggi abbiamo di una istituzione regia o imperiale. Come si è osservato, il progetto costituzionale di Carlo Magno fallì perché i carolingi non distinsero tra *imperium* e *dominium*⁴. Non è poco. È basilare.

Le comunità locali sono più concretamente individuabili e storiograficamente comprensibili. Queste vivevano rispettando consuetudini di antica origine, di volta in volta «romana» o «barbarica». Erano le consuetudini del buon vicinato, del rispetto parentale, del controllo sociale che serviva ad evitare o a punire *maleficia* diversamente rilevanti, come il furto, il danneggiamento di cose altrui, la rottura di confini, i fermenti e le mutilazioni dolosi, l'omicidio. Erano anche le consuetudini che imponevano obblighi connessi con lo *status* delle persone, libere o schiave che fossero: obblighi che ancora a distanza di secoli saranno chiamati «involontari»⁵, come quelli verso i parenti, i vicini, o verso un padrone.

Le consuetudini erano orali e la loro memoria era affidata ad «antiquiores loci» che fossero al contempo degni di fede e rispettati come tali. Si trattava pur sempre di norme che noi possiamo e dobbiamo considerare «giuridiche», anche se in quel tempo in poco o per nulla si distingueva tra norme morali e valutazioni teologiche, da un lato, e norme giuridiche, dall'altro lato⁶. Tutte, nel fatto, erano gestite e applicate soprattutto da uomini di chiesa, che talvolta erano anche uomini di spada: e ciò perché chiunque subiva un torto o un danno, o almeno lo temeva, era indotto a cercare il giudizio del parroco, prima ancora – e forse ad esclusione – del giudizio del signore territoriale o feudale, e nei casi maggiori, nella città, ambiva al giudizio del vescovo nella forma consueta e diffusa della «episcopalis audientia».

⁴ Vd. BELLOMO: *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna*, cit., 125 e letteratura ivi citata.

⁵ Mi riferisco alla testimonianza e all'osservazione di Juan de Solorzano y Pereira contenute in un brano che ho portato all'attenzione degli studiosi in un mio recente intervento congressuale, Lima, settembre 2003, in *Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (San Juan 2003) 5-16, ma già pubblicato in lingua italiana: Manlio BELLOMO: «Al di là dell'obbligazione contrattuale in Juan de Solorzano y Pereira», *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 14 (2003) 205-214.

⁶ Ho sviluppato queste considerazioni in Manlio BELLOMO: *L'Europa del diritto comune* (Galileo Galilei, Lausanne 1988; 8.^a ed., riveduta e ampliata, I Libri di Erice 1; Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1998); traduzione inglese col titolo *The Common Legal Past of Europe*, a cura di Lydia Cochrane, con introduzione di Kenneth Pennington (Studies in Medieval and Early Modern Canon Law 4; The Catholic University of America Press; Washington D.C. 1995); traduzione spagnola di Nadia Poloni e José Antonio de Prado Diez, con introduzione di Emma Montanos Ferrín, *La Europa del derecho común* (I Libri di Erice 14; Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1996; 2.^a ed. Roma 1999); traduzione tedesca col titolo *Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune*, a cura di Ellen Dilcher, con introduzione di Hans Schlosser (Beck Verlag, München 2005).

Per il resto mi riesce difficile pensare che vi siano stati giuristi professionalmente formati, capaci di essere giudici o avvocati o notai nel senso che noi diamo a queste parole. Mi riesce difficile perché mancano notizie sull'esistenza di scuole adeguate a tale tipo di formazione professionale, e perché non è immaginabile il giurista là dove manca la coscienza che il diritto, la morale e la teologia siano distinguibili come tre modi diversi di considerare ogni specifico atto umano e quindi come tre scienze diverse e distinte, indirizzate a tre fini differenti: verso l'ordine sociale, il rispetto per chi vive nella comunità, la buona fama, la cura dell'anima e, dove possibile, la salvezza dell'anima. Alla mancata differenziazione delle scienze umane corrispondeva e si adeguava perfettamente l'esistenza di una omnicomprensiva *sapientia* riguardante le cose umane e divine, insieme inestricabilmente congiunte. Le *Etimologiae* di Isidoro de Sevilla sono corpo e specchio di tali correnti convinzioni.

In un contesto che si può così rappresentare (seppure in modo estremamente schematico) è la campagna ad esprimere le peculiarità e le novità di un intero mezzo millennio. Le esprime nelle forme ora descritte. Le esprime anche nella pluralità di alcune istituzioni che i nuovi tempi realizzano dopo la fine dell'Impero Romano d'Occidente. Sono istituzioni varie: in alcune vaste aree mediterranee giocano le alterne fortune della politica bizantina, in altre aree centro-europee molto ruota attorno al perno gravitazionale carolingio; in altre, come nella penisola iberica, è presente il problema di una massiccia presenza araba.

Dal lato bizantino le nuove istituzioni sono pur sempre legate a una città, perché l'amministrazione dell'Impero divide e struttura i propri territori in ampie circoscrizioni locali, dette 'temi', ciascuna facente capo a una città-capitale (Siracusa per il 'tema' di Sicilia, Benevento per il 'tema' di Longobardia, etc.)⁷. Inoltre la rete delle città ha maglie piuttosto fitte nel meridione d'Italia, mentre al contrario le città sono più rade e disperse nell'Italia centro-settentrionale e nelle regioni centrali d'Europa.

Dal lato carolingio la situazione è parzialmente differente. Qui prevalgono le forze che la campagna è capace di esprimere e di estendere oltre gli originali confini per l'intera Europa, con l'eccezione della penisola iberica arabizzata. Qui si creano ed emergono signorie diversamente strutturate: bannali, territoriali, fondiarie, feudali. Sono tutte signorie che hanno nella campagna non solo il punto di forza, ma anche il centro di aggregazione che alimenta e rende operante il potere di un signore secondo il modello del «sistema curtense», in un contesto di concorrenza politica e armata fra poteri territorialmente contigui.

È inoltre la campagna a conoscere e a sostenere uno dei fenomeni più significativi della seconda metà del primo millennio, perché è nella campagna che si inaugura e si afferma il monachesimo. Vi è il monachesimo di stampo orientale, bizantino, e vi è quello di stampo latino, continentale di San Benedetto o insulare di San Colombano.

⁷ Dal tempo e per iniziativa dell'imperatore d'Oriente Eraclio (610-641). Sui 'temi' della penisola italiana vd. Manlio BELLOMO: *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna*, cit., specialmente 74-81.

Sta nella regola di vita che i monaci bizantini debbano vivere in luoghi isolati, possibilmente in un eremo, o al più in cenobi nei quali non vi sia vita comunitaria né obbedienza a un igumeno; sta egualmente nella regola di vita che i monaci benedettini o insulari debbano vivere in comunità e sotto gli ordini di un abate, in un convento che non può essere costruito all'interno di una città, ma deve essere costruito lontano da ogni centro abitato: in Italia Subiaco, Montecassino, Casamari e altri per i benedettini, Bobbio per gli insulari.

Nell'uno come nell'altro caso è eguale l'obiettivo: raccogliere e rendere fisso in un luogo di preghiera, e nel caso del monachesimo benedettino anche di lavoro, il monaco errante che nella campagna si è trasformato spesso in un essere inselvaticato dalle difficoltà di una problematica sopravvivenza e si è a volte convertito in un brigante di passo.

La città è estranea a tali processi. Conosce, sì, alcune novità, ma queste sono in parte l'eredità dell'ultima età romana, come è il caso del potere vescovile e dei privilegi di cui il vescovo gode in base a costituzioni risalenti al tempo di Giustiniano. Vi è solo qualche segnale di rinnovamento. Penso alle *regulae* canonicali, indubbiamente cittadine perché legate all'episcopio o alle chiese collegiate e protese ad evitare conduzioni di vita disdicevoli per uomini di chiesa non sottoposti a vincoli di vita in comune né sottoposti all'obbedienza verso un superiore gerarchico. Fra queste penso soprattutto alla *Institutio clericorum* di Aquisgrana (oggi Aachen, in Germania) dell'816.

Per il resto non ricordo alcuna altra forza nuova capace di istituzionalizzarsi. La stessa vicenda del conte di invenzione carolingia è emblematica: nella città il conte si scontra con il vescovo e deve chiudersi in un ristretto quartiere difeso con le armi, e solo nella campagna tenta di organizzare e di gestire con i *placita* e nei *placita* un suo potere politico-assembleare e politico-giurisdizionale.

Conosciamo però la conclusione della vicenda comitale: la campagna assorbe in sé il conte e la sua *masnada*, ed è nella campagna che si confonde e si intreccia il potere originario del conte col potere signorile o feudale: il primo tendenzialmente di stampo pubblico secondo un disegno vagamente costituzionale immaginato a livello regio e da imporre dall'alto, il secondo né pubblico né privato. E perciò quando i due stampi del potere si intrecciano e si confondono si realizza il fenomeno che la storiografia qualifica come «feudalizzazione della contea».

Concludo su questa prima parte. Abbiamo alle nostre spalle circa mezzo millennio durante il quale sono emerse e maturate esperienze che noi oggi qualificiamo come giuridiche. Sono le esperienze del potere signorile o feudale, delle norme orali, delle consuetudini locali, del potere vescovile, del monachesimo che è incardinato nelle stabili istituzioni della campagna, per la penisola iberica degli emirati o «regna» arabi.

Sono esperienze nelle quali non troviamo i giuristi. Non è gestita da giuristi la «*episcopalis audientia*», non sono giuristi i giudici presenti nei *placita* comitali e tanto meno nei processi celebrati nelle corti signorili: anzi, costoro sono normalmente uomini «*scribere nescientes*» (o *ydiotae*, secondo alcune fonti). Non sono giuristi, ma semplicemente tecnici della scrittura quei perso-

naggi che in alcune fonti compaiono come *scriptores* o *scribae*, suscitando solo l'illusione che essi siano stati notai.

Per queste ragioni mi sono azzardato a pensare che, che in quel lungo tempo vi sia stato un diritto senza giuristi, che quel lungo tempo sia stato «un'età senza giuristi»⁸.

È fin troppo noto che i secoli XI-XII rappresentano il tempo del rinascimento medievale (Haskins⁹, Calasso¹⁰) o se si vuole della svolta (Violante e Fried¹¹), o, con azzardo, della rivoluzione (Berman¹²). Al confronto è temerario il tentativo di chi vuole far credere che nel tempo del tardo medioevo poco si rinnova, e vuole far credere che l'unica novità sia costituita dalla 'validazione' giuridica di realtà già esistenti e perduranti: una 'validazione' che sarebbe come la vestizione di fatti che per circa cinque secoli erano stati nudi sulla scena del mondo, e nudi senza vergogna si erano mostrati. Si tratta di una corrente storiografica minoritaria, a ragione o a torto rappresentata da qualche storico fiorentino e da pochi suoi epigoni¹³. Come è stato osservato essa molto raccoglie delle scorie di una storiografia d'altri tempi e molto tralascia o ignora di realtà ampiamente documentate nelle fonti¹⁴, non solo giuridiche (e documentate anche –e direi soprattutto– nelle fonti manoscritte, del tutto ignorate da tale corrente di pensiero).

Qui ovviamente non starò ad enumerare le innumerevoli novità che maturano nel tempo delle grandi svolte, con una evidente accelerazione nei secoli XII e XIII. Voglio solo richiamare l'attenzione sulla circostanza, mai abbastanza evidenziata e sottolineata, che tutte le novità si realizzano nella città oppure muovono dalla città verso la campagna per soddisfare le aspettative e i bisogni della città.

⁸ Vd. *supra*, nt. 6. L'espressione qui adoperata nel testo costituisce il titolo del secondo capitolo dell'opera.

⁹ Charler HOMER HASKINS: *La rinascita del dodicesimo secolo* (1.^a ed. 1927; traduzione italiana Bologna 1972).

¹⁰ Francesco CALASSO: *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale* (Giuffè, Milano 1947).

¹¹ *Il secolo XI: una svolta?*, a cura di Cinzio VIOLANTE e Johannes FRIED: *Annali dell'Istituto Storico Italo-Germanico* (Quaderno 35; Società Editrice Il Mulino, Bologna 1993).

¹² Harold J. BERMAN: *Law and Revolution: the Formation of Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.; Harvard University Press 1983); traduzione italiana di Elisabetta Vianello, col titolo sostanzialmente immutato, *Diritto e rivoluzione: le origini della tradizione giuridica occidentale* (Il Mulino, Bologna 1998).

¹³ Secondo EMANUELE CONTE: «Droit médiéval. Un débat historiographique», *Annales. Economie, Sciences Sociales* 57 (2002) 1602 nt. 23; eguale, in versione italiana, col titolo «Storicità del diritto. Nuovo e vecchio nella storiografia giuridica attuale», *Storica* 22 (2002) 144 nt. 13, da cui cito: salvo errore, «... il primo studioso che abbia introdotto questa terminologia all'interno degli studi storico-giuridici è stato P. COSTA: *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, (Giuffrè, Milano 1969) 85-87 e passim». La formula, scomparsa per molti anni, è stata poi assunta a programma storiografico da Paolo Grossi in molti dei lavori successivi al 1995: per i limiti dei quali rinvio al saggio di Emanuele Conte.

¹⁴ Emanuele CONTE: «Droit médiéval. Un débat historiographique...», *Annales...*, 1593-1613; Id., «Storicità del diritto...», *Storica* 22 (2002) 135-162.

Nel primo caso vanno ricordate le nuove istituzioni cittadine. Fra tante vi sono i comuni dell'Italia centro-settentrionale e gli ordinamenti similari delle città dell'Europa continentale, le corporazioni di arti e mestieri, le gilde, le confraternite, le *universitates scholarium*, i *collegia* dei giuristi-dottori o dei teologi o dei fisici (medici) etc. Vi è una qualche stabilità dei *regna* europei, sostenuti ora non solo dalle armi, ma anche da un'amministrazione civile a volte vagamente burocratizzata.

Nel secondo caso, nel caso cioè dell'irradiazione delle novità dalla città verso la campagna, vi è da ricordare l'incidenza propulsiva che ha il mercato cittadino. La campagna deve piegarsi ai bisogni della città, deve estendere le colture su terre prima abbandonate o mal coltivate, deve modificare gli strumenti agricoli e le tecniche della coltivazione: per l'aratro si costruisce un vomere di forma differente, capace di penetrare più profondamente nella terra; al sistema della rotazione delle semine su «due campi» si sostituisce quello più redditizio della rotazione su «tre campi», e così via.

In tutti i casi, come è appena opportuno avvertire, si manifesta una vitalità e un'originalità che escludono l'esistenza di un unico progetto unitario, impossibile da pensarsi.

Seppure teniamo fermo lo sguardo sulla città, non possiamo tralasciare di considerare ancora la campagna. Nel secolo XII e successivamente per molti secoli rivelano la loro straordinaria importanza alcune istituzioni del primo medioevo. Penso soprattutto ai monasteri. Questi però vengono rinnovati, sicché nel nome di San Benedetto nascono e si rafforzano numerose varianti benedettine, come quelle degli ordini cluniacense e cistercense.

I nuovi ordini benedettini vanno reconsiderati non solo per se stessi, per l'ordine della loro vita interna, ma anche per gli effetti che producono nel territorio al quale appartengono. Parliamo sempre di monaci, ma la realtà del monachesimo tardo medievale è radicalmente differente da quella del monachesimo del primo medioevo: non è un caso che nascano nuovi ordini seppure ispirati a San Benedetto.

Il fatto nuovo è che i monasteri collegano ora in modo consolidato i luoghi che in origine erano sperduti e isolati nella campagna, sicché si crea una rete viaria sempre più fitta e articolata. I monasteri segnano e impongono essi stessi le direttrici della nuove strade d'Europa, mentre alcuni santuari attirano pellegrini che portano con sé e diffondono il loro modo di pensare e a volte anche qualche libro e coi libri la loro cultura. È celebre il caso di Santiago de Compostela e del connesso «camino de Santiago».

Vi è di più. È vero che nella campagna continua a dominare la signoria nelle sue varie dimensioni e forme: però è anche vero che enormi masse di contadini si riversano nelle città, che schiavi e servi cercano e trovano l'affrancazione dai vincoli della terra. Non ci può stupire che l'elenco più importante dei servi affrancati nel contado bolognese diventi, nel comune sentire e nel titolo, il *Liber paradisus*.

L'affrancazione dei servi della gleba ingrandisce la città, e questa diventa determinante nell'imporre una nuova prospettiva nei rapporti intersoggettivi, sia nel campo del diritto pubblico, sia in quello del diritto privato.

Vi erano e vi sono problemi che si era soliti risolvere con l'uso delle armi. La cultura prevalente, per secoli, era stata certamente quella delle armi: primitiva, marcata dalla violenza e dalla sopraffazione del più forte sul più debole. Per sfuggire i monaci si erano rifugiati nella campagna e si erano chiusi in monasteri spesso fortificati o addirittura incastellati e gli abati si erano fatti «guerrieri»¹⁵, mentre la città non aveva offerto una sicura difesa a causa delle sue mura cadenti, o cadute, e quindi a causa dell'impossibilità o dell'inutilità di chiudere, la notte, le porte d'accesso. L'eremo era stato il punto massimo dell'isolamento ma anche della difesa: i monaci eremiti erano riusciti a mimetizzarsi nella campagna, e a causa della loro estrema povertà non avevano suscitato appetiti di furto né furori di assassinio.

A cominciare dal secolo XII affiorano comportamenti differenti. Chi rafforza i propri commerci nella città o li estende sulle medie e lunghe distanze, chi nelle varie strutture rinnovate della Chiesa romana volge lo sguardo oltre gli antichi e limitati confini ha imparato che occorre affrontare i problemi con la trattativa. Le parole valgono bene se sono inserite in un dialogo collettivo, che corresponsabilizzi quanti vivono in una comunità. Si profilano le assemblee cittadine e su posizioni preminenti i 'consigli' che dirigono e amministrano corporazioni di arti e mestieri, confraternite, consorterie parentali. Si discute per risolvere i problemi della convivenza e si cerca di non usare le armi, anche se il pugnale o la spada sta ancora alla cintola. Si vota su testi certi, preparati per le delibere. Ci si impegna a rispettare le norme votate: e non per caso ciò avviene nelle chiese o in luoghi contingui, dove le armi non dovrebbero essere usate e nel fatto è raro che vengano usate.

Sostituire lo scontro armato e la violenza della sopraffazione con comportamenti pacifici è un compito immenso, davvero rivoluzionario. I nostri anni, questi, questi anni che stiamo vivendo, non ne conoscono ancora il compimento.

Per lo storico ciò che importa è il fatto che solo nella città del nuovo medioevo si può affrontare il compito di sostituire la parola alla spada. In questa prospettiva il giuramento diventa un'arma preziosa: il suo significato va al di là del piano religioso, dove lo spergiuro può portare all'inferno. Il giuramento diventa lo strumento principale dell'ordine voluto o solamente vagheggiato e perciò esso dilaga nel campo della politica: chi giura di ubbidire a una norma giuridica impegna non solo la propria anima, ma anche il proprio comportamento nella società. Si intrecciano gli atti della fede con gli atti della politica, e tuttavia fede e politica restano distinti come due fili di una stessa corda. È stata, questa, a mio parere, la più grande conquista civile del mondo occidentale, la conquista che ancora oggi ci distingue da altre civiltà.

Se si passa dal campo che oggi chiamiamo del diritto pubblico a quello del diritto privato, le conseguenze dei mutamenti radicali non sono di minore rilievo.

¹⁵ Sul «monaco guerriero» e sull'ordine benedettino in generale sono fondamentali ancora oggi gli studi di Friedrich Prinz, soprattutto *Askese und Kultur. Vor- und frühbenediktinisches Mönchtum an der Wiege Europas* (C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980): traduzione italiana di Michele SAMPALO, col titolo *Ascesi e cultura. Il monachismo benedettino nel Medio Evo* (Editori Laterza, Bari 1983).

Il contratto estende enormemente la sua capacità di penetrazione nella vita sociale e individuale. I giuristi che ne teorizzano la figura non possono essere pensati come coloro che stanno «validando» (legittimando, giuridicizzando) realtà dei secoli precedenti. Il contratto, riscoperto, e in modo particolare il contratto obbligatorio, è strumento prezioso per la gran parte degli atti che riguardano i patrimoni personali o familiari, e rivela nei tempi nuovi una capacità che prima era del tutto assente nel settore che oggi chiamiamo del diritto del lavoro. Per lungo tempo, per secoli, nell'agricoltura soprattutto, chi aveva abilità professionale era stato costretto a prestazioni lavorative dovute per lo *status* al quale apparteneva per nascita. A cominciare dal secolo XII si tentano altre vie: mentre non scompare la vecchia realtà (e sappiamo che durerà fino all'età moderna o anche contemporanea) ogni soggetto ha la possibilità, ereditata o conquistata, di contrattare il proprio lavoro, seppure con infinite difficoltà e immurevoli abusi del contraente più forte.

È fin troppo ovvio che non possiamo eludere alcune domande che allo storico del diritto stanno veramente a cuore: chi aiuta a compiere queste trasformazioni? Quali strumenti si apprestano per incanalare negli stampi del diritto tante dirompenti novità? E perché il diritto acquista una autonomia che prima non aveva?

Se vado alla ricerca di una risposta mi è difficile pensare che una gran parte possano averla avuta i grandi condottieri dei nuovi tempi. Tuttavia vi è chi ha pensato a Federico I Barbarossa o a Federico II di Svevia o a Carlo V e Filippo II di Spagna, o per tempi recenti a Napoleone Bonaparte: tentativi storiografici che si comprendono solo storicizzandoli, cioè facendone oggetto di valutazione storiografica. E si comprendono perché sono, essi stessi, i testimoni (i documenti) di un tempo in cui si è creduto che l'umanità dovesse essere retta da «grandi condottieri». Credo che quel tempo sia finito. Ai «grandi condottieri» si sono sostituiti i «grandi comunicatori» (per mezzo degli strumenti audiovisivi o elettronici), e potrebbe essere già una conquista, perché alle armi si sono sostituite le parole.

Tuttavia vorrei penetrare più a fondo nel senso della nostra storia. Se tolgo di mezzo i condottieri armati ora ricordati, cosa resta? Deluso della prima risposta debbo tornare alla domanda: chi ha compiuto le grandi trasformazioni avviate nel secolo XII e maturate nei secoli successivi?

Il pensiero corre ai mercanti, ai prelati, agli intellettuali impegnati nell'opera della *sapientia* e nei vari rami delle *scientiae* emergenti e delle connesse professionalità.

Lascio da parte mercanti, prelati, teologi, filosofi e medici, perché mi occupo di storia giuridica.

Nel campo del diritto si sconvolgono le consuete prospettive, nel senso proprio del verbo che esprime lo sconvolgimento di realtà ereditate. Dalla *sapientia* indistinta si passa all'articolazione delle nuove scienze: diritto, teologia, filosofia, fisica (= medicina).

Ma non è questo il punto sul quale voglio richiamare l'attenzione. È un punto fin troppo noto, e sarebbe una banalità scriverne ancora. Mi interessa invece di mettere in evidenza quel che matura nell'intera Europa cristiana. Si afferma, si sviluppa, si diffonde una comunità di pensieri e di sentimenti che è

specchio terreno della comunità nella fede; a questa comunità corrisponde (come sua creatura e come suo specchio) un diritto che è e si espande come diritto comune civile e canonico, *utrumque ius* per tutte le genti. Vi è un diritto costituito dalle leggi di Giustiniano, *libri legales* per eccellenza pensati come *Corpus Iuris Civilis*, e vi è un diritto costituito da alcune grandi compilazioni della Chiesa universale pensate come *Corpus Iuris Canonici*.

È un diritto comune che si coltiva nelle scuole cittadine, e ogni città ambisce ad ospitare scuole fiorenti. Giovani d'ogni regione d'Europa convergono verso le città dotte, Parigi e Bologna soprattutto. Lungo la via sostano nei monasteri, ospitali per imposizione della *Regula* benedettina. Nella città della loro meta si incontrano, si organizzano, solidarizzano, si scontrano anche. Leggono con i loro maestri il «libro delle leggi», eguale in ogni scuola, eguale in ogni città e in ogni territorio d'Europa. Parlano una sola lingua, il latino. Un acuto osservatore francese, Jean de Garlande, può dettare un'osservazione lapidaria: «Terras omnes tamquam meas videbo»¹⁶.

Nell'insieme mi pare che qui si tocchi un punto altissimo della civiltà europea. Non solo della civiltà europea: anche dell'unità europea. Fatto, questo, di tale singolarità che appena troverà un seguito nel tempo tormentato degli Stati nazionali in guerra tra loro e nei codici nazionali dell'Ottocento più o meno simili, oppure troverà appena un fioco riscontro per merito della scuola storica tedesca e poi nel contesto della Pandettistica e degli epigoni di questa.

Senza tenere conto della realtà e degli ideali che affiorano e maturano dal secolo XII in avanti si corre il rischio di ricostruire la storia giuridica delle città e delle campagne d'Europa come storia di piccole patrie isolate le une dalle altre, o al più collegate da similarità, casuali o programmate; si corre il rischio di una microstoria che non sempre può essere assunta a storia emblematica, supponendo che tutte le altre microstorie siano eguali o simili; si corre il rischio di interminabili ricerche di storia comparata, legittime certamente per se stesse ma rischiose, perché è difficile stabilire dove stia il confine oltre il quale la comparazione diventa arbitraria e perciò improponibile.

Con i secoli e nei secoli che cominciano negli anni a cavaliere tra il mille e il millecento siamo giunti a un tempo che valorizza radici di antica data mentre emargina, o tenta di emarginare, istituzioni signorili ancora persistenti.

Quel che più conta, però, è che nel secolo XII siamo entrati in una fase di sviluppo che si avvia a realizzare e in parte realizza l'unità dell'Europa moderna: unità che, come si può comprendere, nel campo del diritto ha i suoi protagonisti in alcuni grandi legislatori. Dominano accanto a Giustiniano riscoperto e

¹⁶ Riprendo qui e riassumo schematicamente le osservazioni principali sviluppate anche con dettagli tematici in un mio libro fortunato, che mi permetto di ricordare: Manlio BELLOMO: *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune* (1.^a ed. Giannotta, Catania 1979; ristampa della 3.^a ed., I Libri di Erice 4; Il Cigno Edizioni, Roma 2004). Per un profilo sintetico sulle tematiche dell'origine vd. Manlio BELLOMO, «Il medioevo e l'origine dell'università», in *L'Università e la sua storia*, a cura di Livia Stracca (Edizioni Radio Italiana, Torino 1979/1980) 13-25, ora anche in Manlio BELLOMO: *Medioevo edito e inedito*. I. *Scholae, Universitates, Studia* (I Libri di Erice 20; 2.^a ed., Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1998) 13-30.

restaurato pontefici come Gregorio IX o Bonifacio VIII o Clemente V, e dominano alcune *lucernae iuris* come Irnerio e Graziano, e poi tanti giuristi impegnati a contrastare, a distruggere quando possibile e a disperdere (e non invece a dar titolo di validità, a «validare»!) informi eredità del primo medioevo.

Questi giuristi creano e adoperano gli strumenti della nuova scienza. Offrono stampi giuridici (*figurae*) che costringono alla trattativa, che sono preordinati per espellere dalla trattativa la violenza e la mala fede; offrono strumenti che di per sé (quale che ne sia poi l'uso) tutelano i più deboli per il solo fatto di essere stati strutturati per l'eguaglianza delle posizioni tra i soggetti contraenti. Si tratta di strumenti astratti per necessità, perché è l'astrattezza a consentire che se ne possa sempre fare uso. Del resto, non è una novità. In altri campi si adoperano strumenti altrettanto astratti. Penso al metro. Nulla vi è di più astratto e convenzionale. Eppure per l'architetto e per il muratore e per l'artigiano il metro è tanto indispensabile quanto per il giurista è un istituto giuridico astrattamente predisposto per la prassi del foro, del notariato, degli operatori dell'amministrazione pubblica o del mercato.

Posso concludere. Secondo la linea che ho seguito sarebbe operazione fuori tempo cercare l'unità giuridica e culturale dell'Europa moderna nei grandi condottieri armati, in Carlo Magno o Federico Barbarossa o Federico II di Svevia e di Sicilia.

La mente e la memoria si rivolgono, piuttosto, a quanti, pur nella pluralità di azioni articolate e a volte confliggenti, si sono mossi lungo direttrici sostanzialmente unitarie, ciascuno con la propria professionalità e con la propria responsabilità, sicché a nessuno potrei dare preminenza nell'atto di questa mia ricostruzione storiografica.

Penso alle masse dei servi della gleba affrancati e diventati cittadini; ai mercanti, ai prelati, ai pellegrini penitenti. Penso agli studenti di ogni scienza, capaci di considerare con amore ogni terra come fosse la loro terra. Penso ai legislatori che pur nella infinita varietà di contenuti delle loro leggi si muovono tutti secondo l'idea che la vita sociale debba essere organizzata nel nome della legalità. E penso, fra tanti, ai grandi giuristi che da Irnerio a Bartolo, da Cuiacchio a Savigny, sono stati, davvero, con gli altri, i «costruttori» della nostra unitaria civiltà giuridica¹⁷.

Voglio perciò dimenticare i condottieri.

Sia, questa, la mia provocazione.

MANLIO BELLOMO

¹⁷ L'espressione «costruttori di civiltà» riferita ai giuristi medievali (o ai giuristi, in genere) è di Francesco Calasso: è da considerarsi fondamentale per una corretta diagnosi del ruolo e della funzione rinnovatrice dei giuristi del tardo medioevo, impegnati a contrastare e dove possibile ad eliminare violente usanze del primo medioevo piuttosto che a «validarle» supinamente come si vorrebbe far credere; a ragione l'espressione è stata adoperata da Piero Fiorelli per dare titolo a una sezione di una postuma raccolta di saggi: FRANCESCO CALASSO: *Storicità del diritto*, a cura di Piero Fiorelli (Civiltà del diritto 15; Giuffrè, Milano 1966) 297-376, e p. XI per indicazioni analitiche del curatore.

Valoración de las Recopilaciones de Indias de 1635 y 1680 (Libros I y II de León Pinelo)

1. OBJECIONES

Hace unos años, en el Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en España, quedó de relieve que la famosa colección de Derecho Indiano, que conocemos como la Recopilación o Código de 1680, vigente por varios siglos en España, Hispanoamérica y Filipinas, fue fruto de los trabajos de Antonio de León Pinelo y debía ser fruto de los esfuerzos de Pinelo, que pasa a primer plano en la tarea recopiladora de los siglos XVI y XVII, en lugar de Juan Antonio Paniagua.

Se comprende la devoción que se ha tenido hacia el Código de 1680 y los esfuerzos a lo que contribuyó a la unificación durante siglos, pero quizás ha sido poco estudiado el aspecto negativo, que es el que vamos a poner hoy en primer plano, poniendo en relieve algunas indicaciones de brillantes Profesores en Derecho Indiano: Juan Manzano, François Chevalier, Alfonso García-Gallo, Diego de Encinas y León Pinelo.

Juan Manzano ofrece un informe del Fiscal del Consejo de Indias de 1696, quince años después de la publicación de 1680: «No es dudable –dice– que la recopilación necesita de segunda mano..., por las muchas leyes que están sin uso, otras antinomiadas, otras diminutas, y muchos títulos defectuosos por la falta de leyes que les corresponden, de que tiene muchas experiencias el Consejo... por las muchas consultas que se han hecho para derogación de algunas»¹.

¹ JUAN MANZANO Y MANZANO: *Historia de las Recopilaciones de las Indias*, II (Madrid 1956) 325. Cita (A.G.I. Lima, 86). Leyes 19 y 20 del Título XVI, Libro II.

François Chevalier, en 1953 y 1999², dice: «No puede utilizarse para México sino con muchísima cautela, pues recorta, interpreta o modifica los textos antiguos sin dar explicaciones, o bien generaliza ciertas medidas destinadas originalmente a otras partes de las Indias. Por estas razones, no nos serviremos de él sino cuando no hay otro remedio».

Alfonso García-Gallo³ indica: «La Recopilación de Indias de 1680 cristaliza en sus páginas la legislación vigente en su tiempo. Ella excluye cuanto ha caído en desuso o ha sido derogado, y en aras de la brevedad y de la claridad, modifica los textos recogidos o refunde en una sola ley varias de distintas fechas y autoridad. Si de esta forma su aplicación se facilita a las Audiencias y Justicia, se hace inútil o muy peligrosa su utilización como fuente histórica, pues no cabe tener la certeza de que el texto que se tiene a la vista es el mismo que se dictó en la fecha allí indicada. Por otra parte, las disposiciones dictadas para una provincia determinada, reciben en la Recopilación vigencia para todas. Y así, resulta expuesto a error generalizar a todas las Indias los abusos denunciados en el texto de la ley, que sólo tuvieron realidad en algún caso o en alguna región».

Beatriz Bernal alude a la necesidad de «publicar dos nuevos tomos que podrían componerse de leyes no recopiladas», a la que se refería el Consejo de Indias en 1714. Esta autora cita a Ismael Sánchez Bella, recogiendo las afirmaciones siguientes: «No cabe duda, sobre todo después de examinar algunas *Notas* a la Recopilación escritas en el siglo XVIII, que entre millares de disposiciones recogidas en los repertorios de Matraya, Medina y en la lista de disposiciones que figuran en las *Notas* de Salas, incluidas en la edición de la Recopilación del año 1841, realizada por Boix, existe una crecida parte correspondiente a esa primera mitad del siglo XVIII». El propio Sánchez Bella incide en la abundancia de obras jurídicas en esa época.

En 2001, el gran historiador peruano Guillermo Lohmann escribía a Ismael Sánchez Bella que la reciente publicación de la Recopilación de Indias de Antonio de León Pinelo (1635) tiene erratas –señala algunas- quizás debidas a los copistas.

² FRANÇOIS CHEVALIER: *La formación de los latifundios en México. Haciendas y Sociedad en los siglos XVI, XVII y XVIII* (París 1953). Traducción española (México 1999) 75.

³ ALFONSO GARCÍA-GALLO: *Cedulario de Encinas* (Madrid 1990) 59-60: «Antonio de León Pinelo, no sólo utilizó la obra en el Perú y en España, sino que conoció algunos datos sobre su origen por los libramientos hechos a Encinas (...), aunque fue también quien más contribuyó a destacar sus defectos. En efecto, deseando promover la formación de una auténtica recopilación, se esforzó por señalar las deficiencias del Cedulario de Encinas: impresión defectuosa, desorden, reproducción íntegra de los textos, repeticiones y olvido de leyes («Discurso sobre la importancia, forma y disposición de las leyes de Indias», en *Miscelánea de Ayala* XIII, 71-119; Copia manuscrita en Biblioteca de Palacio Real de Madrid, ms. 2827, fol. 78 v.-79 v.). Pero su misma insistencia en las censuras prueba que el Cedulario gozaba de extraordinario prestigio, y por ello necesitaba convencer de sus defectos».

2. ANTONIO DE LEÓN PINELO

La extraordinaria figura de Antonio de León Pinelo en la formación de la gran obra de 1635, vuelve a agigantarse en su tarea de preparar el texto oficial que ahora tenemos. En su trabajo de 1626 escribía: «además de quatro años que gasté por mi voluntad, he gastado otro por ella y por su mandado, en passar estos libros con el trabajo que parece de auer leído 100 mil hojas de mano y sacado lo necesario»⁴. El mismo León Pinelo anota que una ley «se saca más a la decisión que a la letra» (14,16,2; 49,6,1). En bastantes ocasiones añade párrafos («lo rayado se añade», «lo rayado se añade por ser necesario», «lo rayado se ha de quitar»). En ocasiones, con la data «Felipe IV en esta Recopilación», hace una redacción nueva (59,18,8). «Esta ordenanza, aunque un algo mudada, se ha de hacer de nuevo porque en su tiempo no había presidente ni jueces letrados». «En esta ley, como en otras, se ha quitado el señalar los tiempos en que han de salir y venir las flotas armadas, por el inconveniente que esto pueda tener en obra tan pública».

«A pesar del gran respeto de León Pinelo por los textos legales, su Recopilación no los recoge fielmente, ni siquiera en la parte dispositiva, que es la que suele intentar recoger. Hay una labor personal suya de resumir, extractar, corregir, quitar o añadir cosas, muy explicable en su afán de ofrecer una obra útil para su aplicación y, además, que gozará de aplicación general en todos los territorios de América y de Filipinas, pero cuyo manejo exige prudencia si se la quiere tomar como fiel expresión de la legislación indiana anterior a 1635»⁵.

No hay que pensar en una copia literal de las leyes, tal como las redactó León Pinelo: Abundan las sucintas, que sólo tienen las decisiones de las Cédulas, pero están a la letra, sin exceder de los originales, mudar ni alterar más palabras de las que son forzosas, para que no haga falta en la gramática lo que se quita en la íntegra. Los retoques, sobre todo de estilo, e incluso cabe pensar que hay un deseo sistemático de cambiar de sitio las leyes y alterar la redacción de las rúbricas o el texto de las leyes, lo que conviene tener en cuenta para desecher la idea de que los textos incluidos en la Recopilación de 1680 recogen con pureza los textos de las disposiciones originales.

El 8 de febrero de 1678, Fernando Jiménez Paniagua, recibe una nota del Secretario del Consejo, José de Veitia Linaje: «Se sirva V.M. de reconocer los libros de la Recopilación» e informar. Tardó cinco semanas «y de un modo poco satisfactorio» (En 1660, León tardó dos días).

El manuscrito estaba «cerrado en un cajón con llave en la Sala Mayor del mismo Consejo»⁶.

⁴ ANTONIO DE LEÓN PINELO: Dedicatoria de «Aparato Político», en *Estudios biobibliográficos* (Santiago de Chile 1956)101, f.º 7 v.º.

⁵ ISMAEL SÁNCHEZ BELLA: «Estudio Preliminar», en *Recopilación de las Indias por Antonio de León Pinelo* (México 1992) 41.

⁶ *Ibidem*.

La Recopilación de León Pinelo «no sólo tiene interés científico, sino una importancia práctica. Las minuciosas datas permiten localizar en el Cedulaario de Encinas o en los Libros-Registros del Consejo de Indias que, en su casi totalidad, se conservan todavía en el Archivo General de Indias de Sevilla, la mayor parte de las disposiciones que sirvieron de base a las leyes que aparecen recopiladas en 1680»⁷.

Se pueden conocer centenares de leyes que no pasaron a la Recopilación definitiva, imponente obra de 5.458 páginas, tamaño folio de «perfecta trabazón y armonía, como obra de «un estilo y de una mano».

León Pinelo afirmará que las leyes recopiladas por él son «... tan breves y sucintas, que sólo tienen las decisiones de las Cédulas, pero éstas a la letra, sin exceder de los originales, mudar ni alterar más palabras de las que son forzosas para que no haga falta en la gramática lo que se quita en la íntegra». En una ocasión justifica la impresión de la exposición de motivos por motivos de prudencia. En ocasiones, añade párrafos y en otras omite cosas que juzga indiscretas. A veces, de una Real cédula, saca varias leyes o refunde varias cédulas. En ocasiones, ha conservado las exposiciones de motivos que, luego, curiosamente, han sido suprimidas en 1680⁸.

3. En el cotejo entre el Libro II de León Pinelo con la Recopilación de 1680, realizado por Mercedes Galán Lorda, son las 19 notas de Pinelo tenidas en cuenta por los redactores de esta Recopilación y que son prueba indiscutible de que tuvieron a la vista su manuscrito, como señaló ya Galán Lorda. En el Libro Primero, la obra de Pinelo cuenta con 25 Títulos y el de 1680, con veinticuatro. Pinelo debió inspirarse en las Partidas al incluir el título 2, *De los Sacramentos y fiestas de la Iglesia*: 8 de sus leyes, relacionadas con los Sacramentos, se recogen en 1680, aunque no las 11 restantes. De las 734 leyes del Libro Primero de 1635, 632 aparecen en 1680 con distribución diferente. No pasan 102, que aparecen dispersas por todo el Libro Primero. Se altera constantemente el orden. De las 734 leyes pasan 632, un 86,1 por ciento. También se tuvo presente el Libro II de Pinelo, del que de las 715 leyes, 628 pasan a la Recopilación de 1680, es decir un 87,8 por ciento. Además, 19 notas de León se tienen en cuenta en 1680. Hay cambios en pocos casos. Las dudas, que eran más de 800, fueron revisadas por Juan de Solórzano, quien dedicó 7 meses, de ellos muchas mañanas y tardes. Un centenar de ellas, más graves, fueron remitidas al Consejo, a donde fue León Pinelo otros tres meses continuos por las tardes. De la decisión del Consejo a esas últimas, hay referencia con el nombre «Licenciado León» en la Recopilación⁹.

⁷ Vid. A. MURO OREJÓN: *Antonio de León Pinelo, Libros Reales de Gobierno y Gracia. Contribución al conocimiento de los Cedulaarios del Archivo General de Indias (1492-1650)* (Sevilla 1960).

⁸ A. DE LEÓN PINELO: «Libros Reales de Gobierno y Gracia», 7 y 7 vº.

⁹ MERCEDES GALÁN LORDA: «Cotejo de los cuatro primeros libros de la Recopilación de León Pinelo con los de 1680», en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Madrid, 5 a 10 de febrero de 1990*, tomo I (Madrid 1991) 65-85.

En el Libro de 1680, de diciembre de 1635 a julio de 1660, hay 243 leyes. ¿Son de León Pinelo? Es difícil saberlo. De 1660 a 1680, 20 años, son 66, 0,5%. Deben faltar muchas leyes posteriores a 1660¹⁰.

4. Manuel Josef de Ayala, en sus *Notas a la Recopilación de Indias*, indica la escasez de ejemplares. Sólo uno en el Archivo secreto del Consejo¹¹. En el Libro 1º (De lo eclesiástico) se han desdoblado los Títulos de los *Sumarios* de 1628 y se han abierto tres Títulos nuevos¹².

León Pinelo seguirá revisando los Libros-Registros y formando nuevas Leyes –323, según nos informa– para mantener al día la Recopilación. Una anotación: «Visto todo, 1649», con rúbrica de León Pinelo¹³.

El cotejo de la Recopilación de 1635 y 1680 trae las siguientes conclusiones: «De las 7.808 leyes de Pinelo, 5.723 pasaron a la Recopilación de 1680, es decir, nada menos que un 78,3 por ciento han pasado de una a otra Recopilación. Si se añaden las 259 que regulaban el Consejo de Indias y la Junta de Guerra –contabilizando únicamente las anteriores a diciembre de 1635–, que también fueron recopiladas por el Licenciado León, el número de leyes que, con toda seguridad, procedían de él, sería de 5.982 y el tanto por ciento, de 79. Puede, pues, afirmarse, que como nuestro cotejo ha demostrado, la Recopilación de León Pinelo de 1635 fue la fuente fundamental de la Recopilación definitiva de 1680 y que el mérito principal de la labor recopiladora corresponde al Licenciado Antonio de León Pinelo y no a Fernando Jiménez Paniagua.

¹⁰ CONCEPCIÓN GARCÍA-GALLO: «La obra recopiladora entre 1636 y 1680», en *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos* (México 1987) 73-85.

Hay 323 leyes anteriores a 1635, que están en 1650. ¿De dónde las tomó Jesús Paniagua y los demás? Incógnita a averiguar. Algunas se debieron a Aguiar y Acuña y a Vasco de Puga, que llegó a reunir 323, o Solórzano. Debieron revisar los Libros-Registros que ampliamente revisó el Licenciado León.

¹¹ MANUEL JOSEF DE AYALA: *Notas a la Recopilación de Indias*. Estudio preliminar y transcripción de J. MANZANO (Madrid 1945, 4 nota 3ª a la ley de promulgación de la Recopilación de 1680): «Son tan escasos (Cedulario de Encinas) que no se encontrarán en España quatro exemplares como me lo ha hecho ver la solicitud, ofreciendo por ellos hasta 2.000 reales. En las Secretarías del Consejo y Contaduría general, no los hay, sólo en el Archivo secreto de dicho Consejo hay un exemplar, que dio el Marqués de la Regalía, su Ministro, y tiene el escudo de sus armas».

¹² ISMAEL SÁNCHEZ BELLA: «Estudio Preliminar», 29.

¹³ GUILLERMO LOHMANN VILLENA: «Estudio preliminar» 1653. Antonio de León Pinelo, en *El Gran Canciller de las Indias* (Sevilla 1953). Indica que exploró los protocolos alrededor de 1624, 1653 y 1647. Revisó los de 1644, 1647, 1649 y 1656. MURO OREJÓN habla de los Cedularios de 1624-1625, 1628, 1635 y continuó en 1644, 1649 y 1656. «Bastarán dos o tres meses para ponerlas en perfección». Pinelo es ya juez letrado de la Casa de la Contratación de Sevilla, con residencia en la Corte y desde 1658, Cronista Mayor de Indias. Moriría en julio de 1660. El fiscal del Consejo, Gil de Castejón, dice: «Está compuesta y concertada en toda forma», sin que falte otra cosa que «darla a la estampa». El relator Jiménez Paniagua, escribe en 1664, «no haber hecho en ella (los anteriores recopiladores) cosa que importe» y al año siguiente: «lo que en 172 años no se ha podido conseguir ni aun por un solo renglón, se hallará vencido saliendo ahora un tomo». Y en 1666: «En poco más de seis años se ha conseguido lo que en más de 110 no había tenido efecto». El Consejo, en 1665, «lo mucho que (Paniagua) ha trabajado en esta obra, que sin duda es más de lo que obró León». Y en 1680: «Formose una Junta por su real orden donde se comenzó, prosiguió y acabó esta obra». (¡Plagiario!, como indicó ya MANZANO).

«Desde diciembre de 1635 a julio de 1660 (muerte de León), él tenía ya recopiladas, en 1658, 323 leyes de ese periodo. Aunque no sea posible demostrarlo, tanto Concepción García-Gallo como yo pensamos que todas eran de León Pinelo y por tanto las procedentes de León Pinelo serían 6.305 de la Recopilación de 1680, en lugar de las 5.982».

5. Leyes posteriores a julio de 1660 (hasta 1680): «es muy pequeño, es decir, el 0,51 por ciento. La tarea propiamente recopiladora es casi inexistente en esta época». Es posible que falten muchas leyes posteriores a 1660 no recopiladas y tampoco cabe pensar que «se ha ganado con creces en la creación de nuevas formas», «pues su número es bastante menor de lo que aparenta». 756 leyes anteriores a diciembre de 1635 que no aparecen mencionadas en la Recopilación de Pinelo y que sí están en la de 1680. ¿Revisó Paniagua Libros-Registro de 1493 y 1635? Una incógnita a despejar todavía. Abundan los retoques, sobre todo de estilo e incluso cabe pensar que hay un deseo sistemático de cambiar de sitio las leyes y alterar la redacción de las rúbricas y el texto de la ley.

Ya indiqué la abundancia de «Libros-Reales de Gobierno y Gracia» del Perú, 70.000 hojas y 150.000 decisiones, que en 1627 León Pinelo dirá: «los he leído y pasado todos». Y los de la Nueva España que, hacia 1650, calcula en otros 198 libros, con 39.171 folios. Calcula que revisó casi 600 libros manuscritos que se guardaban en las Secretarías del Consejo, con más de 400.000 Cédulas despachadas desde 1492. «Si bien pareció imposible que una persona sola consiguiera la vista y especulación de tantos libros, el trabajo continuo de tres años, sin divertirme a otra ocupación alguna, lo pudo vencer». En otra parte, indica «detrás de cuatro años que gasté por mi voluntad, he gastado otro por ella y por su mandado, en pasar estos libros con el trabajo que parece de aver leído 100 mil hojas de mano y sacado dello lo necesario».

La colección de Encinas, impresa en 1596, ofrecía 2.473 textos legislativos. Con 300 más posteriores que logró reunir, debió llegar a 3.000 leyes. Pero hasta llegar a las 7.308 que componen su Recopilación, tuvo que acudir a los Libros-Registros del Consejo de Indias «que son, sin duda, la fuente principal de la Recopilación de León Pinelo»¹⁴. A través de sus notas a la Recopilación, se advierte su soltura en el manejo de esos Libros-Registros (47,25,3).

¿Utilizó para el siglo XVI los cuatro volúmenes de Encinas, publicados en 1596? Revisando sus textos de la Recopilación se ve que son de León Pinelo y no de Encinas¹⁵.

¹⁴ Vid. ISMAEL SÁNCHEZ BELLA: «Estudio Preliminar», 31-35. El Licenciado León pensaba que «podrá ser que haya algún libro que yo no haya visto» y, en efecto, Muro Orejón ha demostrado que eran cinco Libros-Registros: «Estrecho de Magallanes», 1538-1581; «Nueva España», 1636-1639; «Guatemala», 1537-1550; «Nicaragua», 1537-1560; y «Nicaragua», 1560-1604.

¹⁵ MARIO GÓNGORA llama la atención sobre 6,1,30 en la que se añade un párrafo que no estaba en la R.C. de 14,5,1546 (Encinas 4,352,3). En la Biblioteca Nacional de Madrid, ms. 11326, fols. 60-64 vº: Cédula de S.M., Madrid 18 junio 1673 mandando ejecutar en México la ley 2, tit. V, Libro I, de las leyes recopiladas sobre diezmos. 5 hojas en 4º, siglo XVIII.

¿Qué ocurre desde 1635 hasta 1680? Paniagua tenía 300 listas, pero ¿las usó Paniagua? Puede ser que sí. Desde 1660 a 1680. Quizás son textos escasísimos. ¿Se vieron los Registros? Ya no hay Recopilación. ¿Hay algún cambio importante en 1680?

6. En resumen: La importancia y utilidad de la obra de Antonio de León Pinelo. «Bonísimo hombre», elogios de Palafox, «trabajador infatigable», «funcionario ejemplar». Contribuyó, incluso en XVIII y XIX a la visión cristiana del Derecho indiano. Su enorme esfuerzo, precisamente en los Libros-Registro, fuente fundamental. Todos aceptan su labor, incluso Mariluz Urquijo. Lohmann, una vez, da ejemplo poniendo en sus próximos trabajos, el texto de la Recopilación de 1635, recientemente publicado, en lugar de la Recopilación de 1680 ampliamente conocido.

ISMAEL SÁNCHEZ BELLA

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL GÓMEZ, Beatriz: «Las leyes de Indias a la luz de dos comentaristas novohispanos del XVIII», en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 14 (1982) 435-469.
- CHEVALIER, François: *La formación de los latifundios en México. Haciendas y Sociedad en los siglos XVI, XVII y XVIII* (París 1953). Traducción española (México 1999).
- DE AYALA, Manuel Josef: *Notas a la Recopilación de Indias*. Estudio preliminar y transcripción de J. MANZANO (Madrid 1945).
- GALÁN LORDA, Mercedes: «Cotejo de los cuatro primeros libros de la Recopilación de León Pinelo con los de 1680», en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Madrid, 5 a 10 de febrero de 1990*, tomo I (Madrid 1991) 65-85.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Cedulario de Encinas* (Madrid 1990).
- GARCÍA-GALLO, Concepción: «La legislación indiana de 1636 a 1680, obra recopiladora entre 1636 y 1680», en *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos* (México 1987) 73-85.
- LEÓN PINELO, Antonio de: Dedicatoria de «Aparato Político», 1653, en J.T. MEDINA: *Estudios biobibliográficos* (Santiago de Chile 1956).
- LOHMANN VILLENA, Guillermo: «Estudio Preliminar» 1653, a Antonio de León Pinelo, en *El Gran Canciller de las Indias* (Sevilla 1953).
- MANZANO Y MANZANO, JuanÑ: *Historia de las Recopilaciones de las Indias*, II (Madrid 1956) 144.
- MURO OREJÓN, Antonio: *Antonio de León Pinelo, Libros Reales de gobierno y Gracia. Contribución al conocimiento de los Cedularios del Archivo General de Indias (1492-1650)* (Sevilla 1960).
- SÁNCHEZ BELLA, Ismael: «Estudio Preliminar», en *Recopilación de las Indias por Antonio de León Pinelo* (México 1992) 17-64.

El primer Fuero Castellano: Brañosera, 13 octubre 824

SUMARIO: 1. Brañosera en el condado de Castilla y reino de Oviedo.–2. Transmisión manuscrita del fuero de Brañosera.–3. Texto crítico de la carta-puebla de Brañosera.–4. Dudas acerca de la autenticidad de la carta-puebla de Brañosera.–5. Datación de la carta-puebla.–6. Algunas interpolaciones en el texto de la carta-puebla.–7. Naturaleza jurídica de la carta de Brañosera.–8. Los ascendientes del conde Fernán González según el fuero de Brañosera.–9. Sobre los signos de otorgantes y confirmantes de la carta-puebla.

1. BRAÑOSERA EN EL CONDADO DE CASTILLA Y REINO DE OVIEDO

La importancia del llamado fuero o carta-puebla de Brañosera es doble y se extiende tanto a la historia política del condado de Castilla como a la historia de las instituciones jurídicas más primitivas, las que se desarrollaban en los primeros momentos del nacimiento de la sociedad castellana.

Respecto de la historia política el fuero de Brañosera es el único testimonio verídico que nos da a conocer el linaje y los antepasados del conde Fernán González; sin esa breve carta y las sucesivas confirmaciones que lo acompañan estaríamos en la oscuridad más completa respecto a los antepasados y al linaje del gran conde castellano.

Por lo que atañe a la historia de las instituciones baste señalar que la carta-puebla de Brañosera no sólo es el primero de todos los fueros castella-

nos¹, sino también el más antiguo de entre todos los fueros de todos los reinos y territorios cristianos de España. Si acaso sólo compite con el fuero de Brañosera la capitular de Carlomagno otorgada hacia el año 801, acogiendo bajo su inmunidad y protección a los godos e hispanos de la ciudad de Barcelona y del castillo de Tarrasa y regulando su situación jurídica, pero este texto no se ha conservado, aunque haya sido reconstruido sobre la base de las noticias que acerca de dicha capitular de Carlomagno se consignan el año 844 en otra capitular de su nieto Carlos el Calvo².

Hemos calificado al fuero de Brañosera como carta-puebla castellana, porque aunque hoy el lugar de Brañosera no pertenezca a la provincia de Burgos, siempre desde sus más remotos orígenes conocidos de principios del siglo IX, Brañosera con Aguilar de Campoo ha estado vinculada al condado de Castilla, al reino de Castilla y a la diócesis de Burgos; a esta última hasta el año 1956, en que se acomodaron los límites diocesanos a los de las provincias civiles nacidas en 1834.

Cuando el año 824 se concedía su carta de población a Brañosera los musulmanes dominaban la mayor parte de la Península Ibérica; los cristianos únicamente controlaban la cornisa cantábrica y las montañas pirenaicas; las fuerzas de Carlomagno hacía pocos años que habían avanzado hasta la línea del Llobregat incorporando al imperio carolingio los condados de Gerona y de Barcelona.

Pero en la cuenca del Duero entre los musulmanes y los cristianos se extendía una amplia zona desertizada; todavía faltaban casi 40 años para que el primer conde de Castilla, que ha dejado su nombre en la documentación, el conde Rodrigo, saliera de las montañas cantábricas y repoblara el año 860 la antigua ciudad de Amaya; faltaban al menos 60 años para que el hijo del conde Rodrigo, el conde Diego, repoblara el año 884 la ciudad de Burgos, y casi 90 para que los condes castellanos llegaran hasta el Duero y se fortificaran el año 912 a orillas del gran río, repoblando Haza, Roa, San Esteban de Gormaz y Osma.

El año 824, cuando el conde Monnio Nunniz y su esposa Argilo otorgaban la carta-puebla a Brañosera, las tierras castellanas lo mismo que las alavesas se hallaban ya integradas en el reino de Asturias o más exactamente de Oviedo, donde reinaba desde el año 791 Alfonso II, hijo de Fruela I (757-768), nieto de Alfonso I (739-757) y biznieto de Pelayo (718-737); su reino ocupaba casi toda la cornisa cantábrica, desde los confines de Vizcaya con Guipúzcoa hasta la costa atlántica englobando casi toda Galicia.

El emirato independiente de Córdoba estaba regido desde el 21 de mayo del 822 por Abd al-Rahman II, que al año siguiente del inicio de su reinado ponía fin a la tregua implícita, que venía observándose ya casi durante dos

¹ No hemos tomado en consideración la llamada carta foral de Santa María de Obona (Asturias) supuestamente otorgada por el rey Silo el 17 de enero del año 780, ni el fuero de Valpuesta atribuido al rey Alfonso II el año 804, por el carácter manifiestamente apócrifo de ambas cartas; cf. ANTONIO C. FLORIANO, *Diplomática española del período astur*, Oviedo 1949, pp. 71-77 y 105-112; Manuel ZABALZA DUQUE, *Tipología de los documentos de Valpuesta*, en «Estudios Mirandeses», 25(2005)325-327.

² José María FONT RIUS, *Cartas de población y franquicia de Cataluña*, I: Textos: Madrid-Barcelona 1969, pp. 3-4.

decenios entre el emir cordobés y el rey de Oviedo, y enviaba a su ejército comandado por el veterano general Abd al-Karim ibn Mugait contra las tierras que los musulmanes llamaban, *Álava y los Castillos*, esto es, Álava y Castilla. Este ejército combatió y asoló las comarcas alavesas y castellanas más orientales, pero en modo alguno afectó directamente a las tierras de Campoo, aunque es posible que sus hombres tuvieran que movilizarse y acudir en defensa de las comarcas atacadas.

El fuero de Brañosera encaja perfectamente con los esfuerzos de restauración interior del reino que venía desarrollando Alfonso II después de las graves pérdidas y destrucciones que había tenido que sufrir a manos de los ejércitos de los emires Hisham I (788-796) y al-Hakam I (796-822), al menos hasta el año 803, y que estaban exigiendo una colonización interior y asentamientos poblacionales en las tierras más seguras de la cornisa cantábrica, pero que todavía no permitían la expansión por las tierras más llanas de la meseta, fase que sólo se iniciará sin éxito con el intento repoblador de León del año 845, y con resultado ya positivo, con la vuelta a la vida de León y Amaya el año 860, esta última a tan sólo diecisiete kilómetros al sur de Aguilar de Campoo.

2. TRANSMISIÓN MANUSCRITA DEL FUERO DE BRAÑOSERA

El pergamino original en el que se puso por escrito esta carta-puebla el año 824 y en el que se añadieron posteriormente las confirmaciones de Gonzalo Fernández el año 912, de Fernán González el 968 y de Sancho García el 998, no ha llegado hasta nosotros; desgraciadamente se ha destruido, al igual que tantos documentos altomedievales que se perdieron por el transcurso del tiempo o con la supresión de la vida religiosa y exclaustación forzosa de todos los monjes y religiosos decretada el año 1835.

Lo que sí es absolutamente cierto es que en el archivo del monasterio benedictino de San Pedro de Arlanza, en los primeros años del siglo XVII, se conservaba un pergamino de cuero del que nos dice expresamente Prudencio de Sandoval, que tomó el texto que dio a las prensas el año 1615: *Vna escritura notable hallé en la casa de S. Pedro de Arlanza, hecha en la Era 862, que es el año 824³...En la misma piel desta escritura están las confirmaciones⁴.*

En el archivo del mismo monasterio burgalés seguía cien años después el diploma que había utilizado Sandoval, según nos informa Francisco de Berganza: *En el archivo del monasterio de San Pedro de Arlanza ay vn privilegio muy autorizado, en que Munio Núñez y su muger Argilo, conceden a ciertas personas algunas exemptions, para que pueblen el sitio de Brañosera⁵,* aunque este eximio investigador no quiso reiterar su publicación, pues ya había sido

³ Prudencio de SANDOVAL, *Historia de Idacio obispo, de Isidoro obispo de Badajoz, de Sebastián obispo de Salamanca, de Sampiro obispo de Astorga, de Pelagio obispo de Oviedo*, Pamplona 1615, p. 292.

⁴ *Ob. cit.* p. 293.

⁵ Francisco de BERGANZA, *Antigüedades de España...* I, Madrid 1719, p. 113.

dado a la luz por Sandoval: *Pusiera aquí la escritura, por ser bien notable, si no la huviera dado a la estampa el señor Sandoval en la Historia del Conde Fernán Gonçález; pero advierto, que por descuido del Impresor faltan en la fecha estos números DCCC*⁶.

Este pergamino hoy perdido, el consultado por Sandoval y Berganza, fue objeto en el siglo XVIII de dos copias simples manuscritas, independientes entre sí; hoy estas dos copias simples, que nos han transmitido también el texto de la carta-puebla de Brañosera, se encuentran en el monasterio de Santo Domingo de Silos⁷.

La primera de estas copias, la que designaremos como copia A, se encuentra en un códice catalogado bajo la signatura núm. 10, en los folios 41r-42r, y fue realizada en torno hacia el año 1770 o poco después por el monje benedictino e insigne calígrafo P. Liciniano Sáez (1737-1809), que ejerció el oficio de archivero de dicho monasterio de Silos a partir del año 1769⁸. Esta copia fue la utilizada por el P. Luciano Serrano para ofrecernos un nuevo texto de la carta-puebla de Brañosera: *Arch. Silos, Ms. 10, fol 41, copia sacada directamente del original existente en Arlanza por el P. Liciniano Sáez, cuya pericia paleográfica y ordinaria fidelidad en la transcripción de documentos merecen entera confianza*⁹.

La segunda copia, la que llamaremos copia B, se conserva igualmente en Silos en el manuscrito núm. 4, folios 15r-16v, y es obra de la mano de un copista anónimo que por el tipo de letra encaja perfectamente en el siglo XVIII. Es bastante más imperfecta e incompleta que la del P. Liciniano Sáez, ya que ofrece algunas lagunas u omisiones, no en la parte dispositiva de la carta-puebla, pero sí entre los testigos que subscriben, omisiones todavía más abundantes en las tres confirmaciones posteriores roboradas por los descendientes de los otorgantes Munio Núñez y Argilo, a saber, los condes Gonzalo Fernández, Fernán González y Sancho Fernández. Estas omisiones patentizan que en ningún caso la copia A tuvo como modelo la copia B.

Esta copia B fue la utilizada por Juan Antonio Llorente en 1807, segundo editor de la carta-puebla de Brañosera, para publicar de nuevo el texto de este valioso documento histórico y jurídico, aunque en ningún momento el autor indique la fuente precisa de donde había tomado el tenor literal por él dado a la imprenta¹⁰. Esta dependencia del texto publicado por Llorente de la copia B queda patente al comprobar que todas las omisiones de esta copia del manuscrito silense núm. 4, f. 15r-16v, se reproducen fielmente como lagunas en el texto impreso por el canónigo riojano. En la edición de Juan Antonio Llorente se advierten algunos pequeños errores de transcripción, el cambio arbitrario

⁶ *Ibidem*.

⁷ Agradecemos muy de veras al Rvdm. P. Abad Dom Clemente Serna la exquisita gentileza de habernos facilitado las reproducciones de las dos copias de la carta-puebla de Brañosera, hoy custodiadas en el archivo del monasterio.

⁸ Marius FERDIN, *Histoire de l'abbayé de Silos*, París 1897, pp. 249-252.

⁹ Luciano SERRANO, *Cartulario de San Pedro de Arlanza*, Madrid 1925, p. 5.

¹⁰ Juan Antonio LLORENTE, *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas: Álava, Guipúzcoa y Vizcaya*, Madrid 1807, pp. 29-33; cf. Luciano SERRANO, *Cartulario de San Pedro de Arlanza*, Madrid 1925, p. 5.

del nombre de un testigo y modificaciones de algunas palabras, así como bastantes alteraciones de la ortografía y omisión de un buen número de firmas.

Por otra parte, aunque todo el texto de la copia B esté incluido en la copia A, y no añadida nada al mismo, con todo aparecen en la copia B algunas variantes y suficientes indicios que nos permiten afirmar que su copista no tuvo como modelo la llamada copia A, sino que utilizaba como modelo el mismo pergamino en letra visigoda que había utilizado o utilizaría el copista de la forma A.

Uno de estos indicios es el empleo relativamente frecuente de la *e* caudada, esto es de la *œ*, que no se utiliza nunca en la copia A, para representar el diptongo latino *ae*. Pero más definitivas resultan las variantes que se aprecian en el nombre de un testigo al que la copia A designa dos veces como **Zonio** y la copia B igualmente en dos ocasiones como **Quonio**, variantes que sólo encuentran su explicación paleográfica en la forma visigoda de la letra **Z** mayúscula *ŷ* que permite a quien no está habituado a dicha escritura interpretarla como **Qu**. *ŷ*

Que el original utilizado tanto por la copia A del P. Liciniano Sáez como por la B, editada por Llorente, estaba escrito en letra visigótica se descubre también en el sistema de abreviaturas que las copias, especialmente la A, utilizan a veces, como el referente a *qui* o a *per*, peculiar de dicha escritura visigótica, contaminado por alguna otra de la escritura carolina como el utilizado para *quomodo*, copiando estos detalles fielmente de su arquetipo en pergamino¹¹.

En consecuencia nuestra conclusión firme es que las dos copias del siglo XVIII, hoy en el monasterio de Santo Domingo de Silos, no proceden una de otra, sino que ambas copiaron a un mismo privilegio escrito en letra visigoda, el que según Sandoval y Berganza se conservaba en el monasterio de San Pedro de Arlanza, y que desapareció del mismo con ocasión de la obra desamortizadora y supresión de los monasterios decretada por Mendizábal el año 1835.

Pero además de los dos manuscritos silenses todavía tenemos un tercer texto independiente de la carta-puebla de Brañosera, que, aunque impreso, tiene también para nosotros el mismo carácter de fuente y el mismo valor teórico que las dos copias manuscritas del siglo XVIII. Se trata del texto publicado el año 1615 por Fray Prudencio de Sandoval, ya que procede del mismo pergamino en letra visigótica, que se conservaba en el siglo XVIII en San Pedro de Arlanza.

La afirmación de que el pergamino custodiado en San Pedro de Arlanza estaba escrito en letra visigoda no prejuzga nada acerca de si ese privilegio en letra visigoda era la carta original escrita el mismo año 824 o una copia posterior, del siglo XI o de la primera parte del siglo XII mientras aún estuvo en uso la letra visigoda.

Si en texto de fuero de Brañosera o en sus confirmaciones no se detectara ningún anacronismo o interpolación nada impediría que se tratase del mismo original redactado en el siglo IX, que recibió también las tres subsiguientes confirmaciones, pero si el análisis del texto nos prueba la existencia de alguna

¹¹ Agradecemos al Prof. don Jose Manuel Ruiz Asencio, maestro de paleógrafos, su valioso e insustituible asesoramiento en las cuestiones paleográficas suscitadas por las copias silenses.

interpolación, entonces hemos de afirmar que el pergamino de Arlanza era una copia del siglo XI o XII, posterior a la tercera y última confirmación, la del conde Sancho García del año 998.

Con todo hay un indicio muy fuerte, por no decir una prueba, de que el pergamino utilizado por Sandoval, Berganza y Liciniano Sanz no era el original de la carta-puebla sino una copia posterior, aunque estuviera escrito en letra visigoda. Se trata de una variante o lectura que carece de sentido dentro de la frase donde se encuentra: *...cum suos montibus et suas discurritiones aquarum vel fontibus et frugibus convallium sive universa longa fructifera*, donde *longa* no tiene ningún sentido. Es fácil conjeturar como ya hizo Llorente que el documento original debía decir *ligna* con el sentido de árboles, esto es, *con todos los árboles fructíferos*. Es muy difícil que el escriba original cometa semejante error; en cambio es fácil imaginarlo en un copista ocasional.

Al no constarnos ninguna relación dominical o jurisdiccional de Brañosera con el monasterio de Arlanza, que explique la presencia de la carta-puebla de este lugar de la montaña palentina en el lejano monasterio de la riberas del río Arlanza, hemos de suponer que esta carta había llegado al monasterio benedictino por la especial vinculación que esta casa tuvo desde sus orígenes con toda la familia de Fernán González, a cuya generación pertenecen los otorgantes y los confirmantes de la carta de Brañosera.

3. TEXTO CRÍTICO DE LA CARTA-PUEBLA DE BRAÑOSERA

Aunque con algunas imperfecciones los tres textos, que hoy nos sirven como fuentes al haber utilizado directa e independientemente el pergamino escrito en letra visigoda, que se conservaba hasta el siglo XVIII en el archivo del monasterio de San Pedro de Arlanza, han visto la luz editados respectivamente por Prudencio de Sandoval, Juan Antonio Llorente y Luciano Serrano.

Por eso hemos juzgado más oportuno que reiterar la edición de ninguno de ellos, aun con la más fiel y exacta lectura, el ofrecer un texto crítico que con la metodología propia de la edición de textos de esta naturaleza trate de reconstruir con la mayor fidelidad posible el tenor literal del pergamino de cuero que nuestras tres fuentes tuvieron ante sí.

Aunque en abstracto el valor de las tres copias en la transmisión del texto sería el mismo, dada la pericia caligráfica y la exactitud con que el P. Liciniano Sáez transcribía sus documentos y la mayor extensión de su copia, es claro que tomaremos como texto base, especialmente en lo que se refiere a la ortografía, el del archivero de Santo Domingo de Silos, pero señalaremos todas las variantes, salvo las estrictamente ortográficas, de las tres fuentes utilizadas:

B: Arch. Santo Domingo de Silos, ms. núm. 10, f. 41r-42r.

C: Arch. Santo Domingo de Silos, ms. núm. 4, f. 15r-16v.

D: Sandoval, Prudencio de: *Historia de Idacio...*, Pamplona 1615, pp. 292-294.

In Dei nomine¹².

Ego Monnio Nunniz¹³ et uxor mea Argilo paradisum querendo et mercede¹⁴ accipiendo inter ossibus et venationes facimus populatione et adducimus ad populando Valero et Felix, Zonio¹⁵ et Christuebalo et Cerbello atque vniversa sua genealogia et damus vobis ad populandum illum locum qui dicitur Brania Ossaría cum suos montibus et suas discurritiones aquarum vel fontibus et frugibus convallium sive vniversa longa¹⁶ fructifera et damus vobis terminos, id est, ad locum qui dicitur Coto Petroso et per illum villare et per illos planos et per illam civitatem antiquam et per illum pandum Porquerum et per illas Cobas Regis et per¹⁷ illa penna robra¹⁸ et per illa foze¹⁹ via qua discurrunt²⁰ Asturianos er Cornecanos²¹ et per illum fixum petrizum²², qui est in valle Vesezoso²³ et per illum cotum medianum. Et dabimus vobis ego comite Monnio Nunniz et uxor mea Argilo ad tibi Valerio et Felix et Zonio²⁴ et Christuebalo et Zerbello ipsos terminos ad vos vel ad eos qui venerint ad populandum ad villa Brania Ossaría.

Et omnes de alteras villas qui venerint²⁵ cum sua peccora²⁶ vel cum sua rem²⁷ causa pro pascere erbas inter ipsos²⁸ terminos, qui²⁹ in ista scriptura resonant, omnes³⁰ de Villa Brania Ossariaprehendant montaticum³¹ et de ipsa³² rem quomodo³³ invenerint inter suos³⁴ terminos habeant foro: illa medietate ad comite, altera medietate³⁵ ad omnes³⁶ de villa Brania Ossaria. Et omnes³⁷ qui venerint ad populandum ad villa³⁸ Brania³⁹ Ossaria⁴⁰ non dent

¹² Amen *add. D.*

¹³ Nunnez *C.*

¹⁴ mercedem *D, ante correct. B.*

¹⁵ Quonio *C.*

¹⁶ ligna *probabiliter en el original, emendavit et edidit Llorente.*

¹⁷ per] pro *B.*

¹⁸ robria *C.*

¹⁹ foie *C.*

²⁰ discurrunt *D.*

²¹ Corneconos *D.*

²² petrism *C.*

²³ Veseroso *C, Verezoso D.*

²⁴ Quonio *C.*

²⁵ venerunt *C, qui venerint de alteras villas transp. D.*

²⁶ suis pecoribus *C.*

²⁷ re *C.*

²⁸ istos *C.*

²⁹ quę *C.*

³⁰ omes *D.*

³¹ montasticum *C.*

³² ipsam *C.*

³³ quam *C.*

³⁴ suos] ipsos *C.*

³⁵ alteram medietatem *C.*

³⁶ omes *D.*

³⁷ omes *D.*

³⁸ ad populandum ad villa] a villam *C, ad populandum ad illa D.*

³⁹ Brano *D.*

⁴⁰ Ossariam *C.*

anupda, non vigilias de castellos⁴¹, nisi dent tributum et infurcione⁴² quantum poterunt ad comite⁴³ qui fuerit in regno.

Et populavimus infra ipsa longa //f. 41v silva Brania Ossaría ecclesie Sancti⁴⁴ Michaelis Archangeli et ponimus ad nostros dextros et ad nostros sinistros terras ad ipsa ecclesia⁴⁵ pro remedio anime nostre, ego Monnio Nunniz et uxor mea Argilo.

Et si aliquis homo post obitum nostrum de mihi⁴⁶ Monnio Nunniz et vsor mea Argilo contradixerit ad omnes⁴⁷ de villa Brania Ossaria per ipsos⁴⁸ montibus et per ipsos terminos cum sua rem⁴⁹ causa que⁵⁰ in ista⁵¹ scriptura resonat pariet⁵² in primis ante iudicio⁵³ tres libras aureas a parte⁵⁴ de comite qui fuerit in regno et scriptura ista roborem habeat firmitatem.

Facta scriptura ista notum die U^a feria, III idus octobris, era discurrente⁵⁵ DCCCLXII^a⁵⁶, regnante principe Adefonso⁵⁷ rex et comite Monnio Nunniz.

Et ego Monnio⁵⁸ Nunniz⁵⁹ et uxor mea Argilo in ista scriptura [*signum*] roboravimus⁶⁰, Caballairas⁶¹ + roborabitur⁶², Armonius presbiter, Monnito, Ardega, Zamna⁶³, Vincentius, Tellu, Abecça⁶⁴, Valerio pro testibus + + + + + + + roboravimus⁶⁵.

Gundisalvo Fernandiz⁶⁶ comite vidi⁶⁷ karta⁶⁸ scripta de vniversis plebis⁶⁹, de omnes⁷⁰ de villa Brania⁷¹ Ossaria sicut hanc kartula⁷² que⁷³ fecerunt avii⁷⁴

⁴¹ de castellos *om. C.*

⁴² infurcionem *C.*

⁴³ comitem *C.*

⁴⁴ sancte *B.*

⁴⁵ ipsam ecclesiam *C.*

⁴⁶ mihi] me *C.*

⁴⁷ omes *D.*

⁴⁸ per ipsos] pro ipsis *C.*

⁴⁹ re *C.*

⁵⁰ quod *D.*

⁵¹ in ista] in ista in ista *ante cancellationem C.*, in ista *post cancellationem C.*

⁵² pariet] pariat et *D.*

⁵³ iudicium *C.*

⁵⁴ ad partem *C.*

⁵⁵ discurrente *D.*

⁵⁶ DCCCLXII^a] LXII *D.*

⁵⁷ Aldefonso *C.*

⁵⁸ Monio *B.*

⁵⁹ Et ego Monnio Nunniz *iter. ante cancellationem C.*

⁶⁰ roboravimus *om. C.*

⁶¹ Cabalbatras *C.*, Caballairus *D.*

⁶² roborabitur] rbiter *C.*

⁶³ Ardega, Zamna] Ardegaçamna *D.*

⁶⁴ Abeaza *D.*

⁶⁵ Monnito - roboravimus] Abuza, Valerio pro testibus + + + + + roboravimus *C.*

⁶⁶ Fernandez *D.*

⁶⁷ vidi] vi *C.*, vida *ante correct. C.*

⁶⁸ kartam *ante correc. B.*

⁶⁹ plebibus *D.*

⁷⁰ omnibus *C.*, omes *D.*

⁷¹ Brannia *D.*

⁷² cartulam *C.*

⁷³ quam *C.*

⁷⁴ aui *D.*

mei Monnio⁷⁵ Nunniz et Argilo que⁷⁶ fecerunt ad omnes⁷⁷ de villa Brania⁷⁸ Ossaria de suos foros et de suos terminos⁷⁹ et cognosco ego illam restauravi et confirmavi⁸⁰ ad omnes⁸¹ de villa Brania⁸² Ossaría [*signum*]⁸³ roboravit⁸⁴ in era DCCCCL^a. Zahfagiel⁸⁵ roboravi + pro teste, Sarrazzino testis +⁸⁶ roboravi, Setemme⁸⁷ testis + roboravi, Helia testis + roboravi, Severo testis + roboravi, Italius + roboravi⁸⁸, Emeterius presbiter scripsit.

Ego Fernando⁸⁹ Gundisalviz comite et usor mea Vrracha⁹⁰ vidimus karta de omnes⁹¹ de villa Brania⁹² Ossaria⁹³ et de //f. 42r avi⁹⁴ mei Monnio Nunniz⁹⁵ et de⁹⁶ Argilo et cognoscimus ipsam kartulam et confirmavimus suos foros et suos terminos ad omnes⁹⁷ de villa Brania Ossaria sicut fecerunt et roboraverunt Monnio Nunniz et Argilo et Gundisalvo Fernandiz⁹⁸. Et ego Fernando et uxore mea Vracka⁹⁹ in ista karta manus nostras + + roboravimus in era TUI^a¹⁰⁰, die U feria¹⁰¹, ipsas kalendas aprilis. Monnio Assuriz¹⁰², Petro Garcia, Fernando¹⁰³ Varbaldiz¹⁰⁴, Gutierre¹⁰⁵ Rodriz, Didaco Rodriz confirmavimus et roboravimus + + + +¹⁰⁶, Olio¹⁰⁷ et Armentero pro testibus roboravimus. Frisila scripsit.

Ego Sancio Garcianiz¹⁰⁸ comes vidi karta scripture de meos visabios, de Monnio Nunniz¹⁰⁹ et Argilo et de meos avos Gundisalvo Fernandiz et de Fer-

⁷⁵ Munnio C.

⁷⁶ qui C.

⁷⁷ omes D.

⁷⁸ Brannia D.

⁷⁹ suis foris et de suis terminis C.

⁸⁰ et cognosco - et confirmavi om. C.

⁸¹ omes D.

⁸² Brannia D.

⁸³ *signum* om. D.

⁸⁴ roborabi D.

⁸⁵ Zahfagiel C.

⁸⁶ + om. BC.

⁸⁷ Steme D.

⁸⁸ Setemme - Italius roboravi om. C.

⁸⁹ Ferdinando C.

⁹⁰ Vrruca D.

⁹¹ karta de omnes] cartam de omnibus C, carta de omes D.

⁹² Brannia D.

⁹³ Ossoria C.

⁹⁴ avii C.

⁹⁵ Nunnit C.

⁹⁶ de om. CD.

⁹⁷ ad omnes - et ego] et. C.

⁹⁸ Gundisalvus Fernandez D.

⁹⁹ Urracha C, Vrraca D.

¹⁰⁰ TIII^a D.

¹⁰¹ die U^a feria om. C, feria. om. D.

¹⁰² Assurit C.

¹⁰³ Fernando Varbaldiz - scripsit om. C.

¹⁰⁴ Valualdiz D.

¹⁰⁵ Gutierri D.

¹⁰⁶ + + + + om. D.

¹⁰⁷ Olio - scripsit om. B.

¹⁰⁸ Garseaniz D.

¹⁰⁹ Munnio Munniz D.

nando Gundisalviz et cognosco ista karta de meos avos et confirmavi et roboravi ad omnes¹¹⁰ de villa Brania¹¹¹ Ossaria in era T XXXUI^a, die¹¹² III^a feria, nono kalendas junias, que habeant¹¹³ omnes¹¹⁴ de villa Brania Ossaria suos foros et teneant suos terminos quomodo in ista scriptura resonat sicut habuerunt et tenerunt cum meos visauos¹¹⁵ et cum meos avos et cum patre meo. Et ego Sancio Garcianiz¹¹⁶ in hanc ista karta que legenter audivi et de manu mea + roboravi, Ossorio Ermegildiz¹¹⁷, Gundisalvo Sarraziniz, Ovieco Armentarez¹¹⁸, Vellite¹¹⁹ Monniz, Garcia Fernandiz, Montano, Quinoda¹²⁰, Bacoda¹²¹, Albaro Sonnaz, Petro Fernandiz¹²² in ista scriptura istos + + + + + + + +¹²³ roboravimus¹²⁴, Pantalio¹²⁵ et Vitaliano, Stefano et Velliti¹²⁶ pro testes¹²⁷ + + + roboravimus [*signum*]¹²⁸.

Ya hemos indicado como cada una de las tres fuentes que hemos utilizado para ofrecer un texto crítico de la carta-puebla de Brañosera ha sido editada por un autor distinto: la versión A por el Padre Serrano en 1925, la versión B lo fue en 1807 por Juan Antonio Llorente y la versión C lo había sido con anterioridad a las otras dos por fray Prudencio de Sandoval en 1615. Todas las demás ediciones no han utilizado en ningún caso las versiones manuscritas de la carta-puebla, sino que dependen de algunos de los textos impresos.

En el siglo XVII la única edición de la carta-puebla de Brañosera fue la ya citada de Sandoval, sin que el resto del siglo se volviera a dar de nuevo a la imprenta nuestro texto; en el siglo XIX además de la edición de Juan Antonio Llorente hubo una segunda edición a cargo de Tomás Muñoz y Romero que incluyó nuestra carta-puebla en su *Colección de Fueros Municipales y Cartas-Pueblas* publicada en Madrid el año 1847¹²⁹. El texto de Muñoz y Romero fue tomado como él mismo indica de Sandoval, anotando algunas de las variantes de Llorente, de las que desconfiaba y con razón, ya que algunas resultaban meras conjeturas o interpretaciones del autor del texto cotejado.

Ya en el siglo XX la carta-puebla de Brañosera además de la edición poco ha mencionada de Luciano Serrano ha tenido dos ediciones más; la primera de

¹¹⁰ omes *D.*
¹¹¹ Brannia *D.*
¹¹² die III^a feria - + roboravi *om. C.*
¹¹³ habent *D.*
¹¹⁴ omes *D.*
¹¹⁵ visauos] his avos *B.*
¹¹⁶ Garseaniz *D.*
¹¹⁷ Ermegildez *C.*
¹¹⁸ Oueco Armentariz *D.*
¹¹⁹ Vellite - Sonnaz *om. C.*
¹²⁰ Quinoda] qui Vtla *D.*
¹²¹ Bocoda *D.*
¹²² Ferdinandiz *C.*
¹²³ ocho cruces en vez de Díez *D.*
¹²⁴ roborabimus *C.*
¹²⁵ Patlio *B.*, Pantulo *D.*
¹²⁶ Velleti *B.*, Vellite *D.*
¹²⁷ testis *B.*, testibus *D.*
¹²⁸ *signum om. D.*
¹²⁹ Pp. 16-18.

estas dos ediciones es debida a Antonio C. Floriano Cumbreño en su *Diplomática española del período astur (718-910)*, I, Oviedo 1949, pp. 159-160, acompañando al texto de la carta-puebla con un extenso comentario, aunque omitiendo las tres confirmaciones de los condes Gonzalo Fernández, Fernán González y Sancho García.

Después de la edición de Floriano señalaremos cómo Justiniano Rodríguez Fernández incluiría en su *Palencia Panorámica foral de la provincia*, Palencia 1981¹³⁰, el texto completo de nuestra carta-puebla, copiando el tenor literal publicado un siglo atrás por Muñoz y Romero¹³¹.

Entre los estudios del fuero destaca sobre todos el magistral trabajo del Profesor García-Gallo publicado el año 1984¹³², en el que estudia sagazmente la autenticidad del diploma custodiado en San Pedro de Arlanza para llegar a la conclusión, partiendo únicamente del tenor literal de la carta-puebla, de que no se trata del texto original de la carta-puebla de Brañosera, sino de una copia no anterior al siglo XI, que habrá sufrido determinadas interpolaciones al ser transcrita en esta última fecha.

4. DUDAS SOBRE LA AUTENTICIDAD DE LA CARTA-PUEBLA DE BRAÑOSERA

Ni Sandoval, ni Berganza, ni Flórez¹³³, ni Llorente, ni Muñoz Romero llegaron a plantearse la más mínima duda acerca de la autenticidad de la carta-puebla más antigua del reino de Asturias.

El primero en expresar sus dudas acerca de la autenticidad de nuestra carta-puebla fue el investigador francés Barrau-Dihigo, que al hablar del fuero de Brañosera escribía: *concedido por el conde Nuño Núñez el 13 de octubre 824, diploma que sería el más antiguo ejemplar de carta-puebla, si por una parte la fecha y por otra el empleo de ciertas expresiones no despertaran nuestra desconfianza*¹³⁴.

En la nota número 2 de la misma página explica más ampliamente las razones de esta desconfianza: El diploma habría sido otorgado bajo Alfonso II [791-843] por un cierto «Monnio Nunnez». Ahora bien, un conde de Castilla, llamado Nuño Núñez, contemporáneo de Alfonso III [866-910], aparece en los últimos años del siglo IX, ¿el fuero de Brañosera no habría sido por lo menos antedatado? Por otra parte, hay que señalar el comienzo de la parte dispositiva donde se leen expresiones tales «inter ossibus et venationes facimus populationem», «et adducimus ad populando Valero et Felix atque uniuersa sua

¹³⁰ Pp. 209-210.

¹³¹ No excluimos que por tratarse de un texto breve, tan venerado por su antigüedad, haya sido objeto de algunas otras ediciones de difusión poco más que local.

¹³² Alfonso GARCÍA-GALLO, *En torno a la carta de población de Brañosera*, en «Historia, Instituciones, Documentos», 11(Sevilla 1984)1-14.

¹³³ *España Sagrada*, vol. 26, Madrid 1771, p. 51.

¹³⁴ Lucien BARRAU-DIHIGO, *Recherches su l'histoire politique du royaume asturien (718-910)*, en «Revue Hispanique», 52(1921)85.

genealogia». Señalar también la fórmula *comes qui fuerit in regno*, que es utilizada en dos ocasiones, la expresión *habeant foro* y las menciones de diversos impuestos: *montaticum*, *anubda*, *vigiliae*, *infurtione*, justificando de este modo las sospechas que le suscitaba la autenticidad de la carta-puebla de Brañosera.

En la reseña de la obra de Barrau-Dihigo el profesor Sánchez Albornoz disenta del investigador francés: Tampoco podemos acompañar a Barrau-Dihigo en sus juicios sobre el fuero de Brañosera –a lo sumo errado en la fecha e interpolado en las palabras **anubda** e **infurción**, añadidas a sus sinónimas **vigilias de castellos** y **tributum**, que tenía el texto primitivo y conserva la copia¹³⁵.

A pesar del aparente disentiimiento, que parece formular el maestro Sánchez-Albornoz respecto a la opinión del estudioso francés, no existen mayores diferencias entre las opiniones de ambos investigadores: Barrau-Dihigo nunca afirmó tajantemente que el fuero de Brañosera estuviera antedatado o interpolado, se limitó simplemente a manifestar sus sospechas de que en efecto, la fecha no fuera la correcta y la extrañeza que le causaban algunos vocablos o expresiones.

Por su parte Sánchez-Albornoz parece admitir que *a lo sumo* el fuero de Brañosera se encontraba antedatado e interpolado en algunas palabras como *anubda* e *infurción*. No mucho más era lo que había levantado las sospechas de Barrau Dihigo; si acaso cabría añadir las expresiones *inter ossibus et venationes*, *universa sua genealogia comes qui fuerit in regno*, *habeant foro*, y los nombres de *montaticum* y *vigiliae*.

La existencia de estas interpolaciones convertía al documento, que se había conservado en el archivo de San Pedro de Arlanza, no en original sino en una copia posterior (hoy sabemos que así era), en la que se había añadido *anupda* para aclarar el significado de las *vigilias de castellos* del original, e *infurtione* para concretar y especificar más el *tributum* que aparecía en el diploma primitivo. Con estas dos reservas, las referentes a las palabras *anupda* e *infurción*, el mismo Sánchez-Albornoz muchos años después seguía admitiendo la autenticidad de la carta-puebla, pero introducía cierta duda acerca de su fecha¹³⁶.

Suscitada ya la posibilidad de una antedatación y de varias interpolaciones en la carta-puebla de Brañosera por Barrau-Dihigo, y admitidas estas parcialmente por Sánchez-Albornoz, también Floriano Cumbreño se ocuparía en una muy amplia, aunque un tanto confusa, disquisición un cuarto de siglo más tarde del problema de la autenticidad, datación y naturaleza jurídica de nuestra carta-puebla, yendo mucho más allá en su rechazo de la misma, que sus dos predecesores y ampliando los argumentos para declararla interpolada:

Para nosotros es, sencillamente, un documento ampliamente interpolado, quizá no muy bien copiado en la parte auténtica que conserva, y, con toda seguridad, mal fechado.

Desde luego nos choca el nombre del conde otorgante. Su contextura onomástica no está en consonancia con la época que se pretende para el docu-

¹³⁵ *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2(1925)534.

¹³⁶ *Despoblación y repoblación del valle del Duero*, Buenos Aires 1966, p. 300.

mento, pues el apellido en *ez* lo desplaza inexorablemente de los comienzos del siglo IX y si se trata del conde Monnio Nunniz, contemporáneo de Alfonso III y Ordoño II, que es el citado en los «Anales Castellanos Segundos» como el poblador de Roda [Roa], esta misma contextura onomástica está un poco en disonancia con la que figura en las subscripciones, que van muy de acuerdo con las del siglo IX.

Es muy posible que, en efecto, se trate de un documento de esta centuria y de la fecha que expresa u otra muy aproximada, y otorgada por un conde Monnio anterior al contemporáneo del Rey Magno, y al que el pujo erudito de un copista del siglo XVII (?) adornara con el apellido Nunniz para identificarlo a un supuesto Conde soberano de Castilla, sin saber, naturalmente, que cometía un anacronismo antroponímico, ni caer en la cuenta de que Monnio Nunniz era casi un siglo posterior a la fecha asignada al Fuero de Brañosera.

Y lo del pujo erudito va también muy de acuerdo con la pintoresca frase *inter ossibus et venationes*, que crea para el topónimo Brañosera una curiosa etimología¹³⁷, y aun con la universal *sua genealogia*, que se añade como docto estrambote a la enumeración de los **populatores**.

A partir de este momento el documento se perfila ya como una verdadera «Charta populationis» de una disposición documental análoga a cualquiera de las que comienzan a promulgarse a partir de la segunda mitad del siglo XI. Y sin embargo, nosotros no creemos que este documento fuera originariamente una carta de población, sino una donación ad «populando» (la más antigua entre las laicas, desde luego) y que documentalmente considerada (y aun jurídicamente) no es todavía una carta de población tal y como se desarrollan entre los siglos XI y XIII, pues la donación «ad populando» es la transmisión del dominio de un predio por un señor a un grupo de colonos más o menos numeroso, para su aprovechamiento, o sea un «contrato agrario colectivo», que D. Galo Sánchez adivina con evidente perspicacia en la esencia de la Carta de Población, y que sólo produce efectos civiles, mientras que ésta los produce a la par civiles y políticos al fijar las condiciones o normas a que han de ajustarse las personas que se establecen en el predio, lugar o territorio poblado y al concederles determinadas inmunidades y ventajas para estimular la población.

Para convencernos de ello bastará con destacar lo que en la carta se nos presenta con caracteres de autenticidad evidente en relación con la fecha a que se atribuye el documento, y observamos: Que desechando el apellido Nunniz y aceptando que sea el otorgante un conde Monnio contemporáneo de Alfonso II, no hay inconveniente en que subsista la fecha que expresa el documento (Era discurrente DCCCLXII – 824); si se insiste por el contrario en que sea Monnio Nunniz, el conde poblador de Roda [Roa], contemporáneo de Alfonso III, entonces hay que suponer la fecha equivocada, pues como hemos visto, este conde vive cerca de ochenta años después de esta fecha, y antropo-

¹³⁷ Nota de Floriano: Desde luego, es seguro que Brañosera venga de Brania-Ossaria, o sea «Braña huesera o de los huesos». Lo que ya nos aleja de toda evolución fonética es que Braña proceda de «venatio». Si se demostrase esto se daría un solución bastante inesperada al problema tan llevado y traído de la etimología de la palabra braña». Vid. C. CABAL, Algunas supervivencias de nuestra agricultura primitiva, Boletín de I.D.E.A., 1948, n.º 4, p. 47.

nímicamente, el documento sólo podría situarse en el último decenio del siglo IX o en el primero del siglo X. Sea ello como fuere, en cualquiera de ambos casos, hay una parte del dispositivo con notas de evidente autenticidad con relación a las características diplomáticas de las donaciones acordadas dentro de estos ochenta años...

Tras esto una fórmula de corroboración, también usual y corriente (Et dabimus ego comite... ipsos terminos ad vos vel ad eos qui venerint ad populandum ad villa Brania Ossaria), se desarrolla haciéndonos suponer la inmediata aparición de la cláusula con su conminatoria y corroboración final.

Mas no ocurre así, sino que al final del dispositivo, correcto y ajustado a los usos jurídicos y al tenor diplomático del «ochocientos», y entre este y la cláusula que, lo mismo que la fecha y subscripciones tienen todos los caracteres de autenticidad que se pudieran apetecer, se desarrolla un segundo dispositivo de tono foral, anacrónico, dispar en cuanto a su sentido con respecto al anterior, para establecer en tres párrafos que sin mucha violencia pudieran articularse bajo otras tantas rúbricas, la cobranza del «montazgo» a los ganados forasteros que entrasen a pastar dentro de los términos deslindados y la exención de los pobladores de anubda, vigilas de castillo e infurción, «quantum poterint ad comite qui fuerit in regno». Sobre lo anacrónico de estas expresiones no vamos a insistir; ya venimos evidenciándolo desde el documento de Aldegaster.

En resumen: Purgado el protocolo inicial de resabios eruditos, cancelada, por falsa, la segunda parte del dispositivo, y suprimidas algunas expresiones que para que ligaran con esta se añadieron a la conminatoria, la carta de Brañoserá queda reducida a una donación del siglo IX, corriente en el sentido diplomático, e interesantísima en el histórico-jurídico, como precedente de las Cartas de Población¹³⁸.

Mucho más sereno, claro y convincente es el juicio crítico de nuestro maestro el profesor García Gallo, que en primer lugar insiste con toda razón en excluir que el diploma conteniendo la carta-puebla de Brañoserá pueda ser calificado como una «falsificación». Las conclusiones de García-Gallo, aunque admitían algunas interpolaciones al texto primitivo, excluían en todo caso con palabras terminantes que el fuero de Brañoserá fuera propiamente una falsificación, esto es un texto amañado posteriormente en su totalidad:

Esto no obstante, parece fuera de duda que hay que excluir la idea de que tal documento sea una «falsificación»; es decir un texto pergeñado a la vista de otros. Cualquier falsificación se lleva a cabo con una finalidad determinada, y lo intrascendente de lo que en este se contiene –la concesión de un término a unas cuantas personas sin relieve, la exención de ciertas prestaciones y la percepción por aquellas de derechos de pastos de los forasteros– no constituyen motivo suficiente para tratar de forjar un documento que lo legitime. Las falsificaciones, frecuentes en estos tiempos, se

¹³⁸ Antonio C. FLORIANO, *Diplomática española del período astur*, Oviedo 1949, pp. 161-164.

llevan a cabo en centros más importantes y para atribuirse derechos de mayor enjundia.

*Los anacronismos que en la carta de población de Brañoserá llegada a nosotros se encuentran, se explican por una defectuosa copia del original y el deseo de aclarar ciertos extremos con expresiones más o menos pedantescas –la localización **inter ossibus et venationes**, la **universa genealogia** o descendencia de los pobladores–, aclaratorias de voces en desuso –de **anubda** como «vigilias de castillos», **tributum** como infurción– o relativas a las autoridades territoriales –comes **qui fuerit in regno**.*

La ignorancia y torpeza que muestra el copista que retoca el documento, entre otras cosas al señalar los lazos familiares de los condes castellanos, como luego se verá, imposibilitan considerarle como un falsificador; que, por otra parte con indudable habilidad, busca documentos antiguos para reconstruir unas cláusulas, que tal como aparecen en el documento Floriano ha considerado irreprochables. Ello hace que la carta puebla de Brañoserá haya de considerarse no como una falsificación o texto apócrifo, sino como un texto interpolado¹³⁹.

5. DATACIÓN DE LA CARTA-PUEBLA

Coincidimos plenamente con el profesor García Gallo en afirmar la autenticidad fundamental de la carta-puebla de Brañoserá; no concebimos a quien le podía interesar inventarse un diploma falso para delimitar un término en la alta montaña cantábrica en favor de cinco rústicos desconocidos y eximir a esos mismos rústicos del servicio de vela o vigía que se prestaba en las torres o fortalezas de frontera para avisar la llegada del enemigo musulmán, sobre todo después de la primera mitad del siglo XI, cuando ese peligro ya no existía en las montañas cantábricas.

Es tan irrelevante el contenido del diploma que no nos cabe en la cabeza que nadie a finales del siglo XI o siglo XII, cuando tienen lugar las falsificaciones en varios de los escritorios monacales, estuviera interesado en esas intrascendentes pequeñeces de un lugar de montaña, y mucho menos en el monasterio de Arlanza, alejado de Brañoserá más de 100 kilómetros, donde sin duda se hizo la copia del pergamino conservado en su archivo hasta el siglo XVIII.

Pero todos los investigadores coinciden en afirmar que el texto de la carta-puebla que ha llegado hasta nosotros no corresponde estrictamente al tenor original otorgado por Munnio y Argilo, sino que procede de una copia posterior en la que se habían introducido algunas pequeñas interpolaciones; por lo tanto no cabe ninguna objeción contra la fecha, 13 de octubre del año 824, consignada en el diploma, que se funde únicamente en la existencia en él de

¹³⁹ ALFONSO GARCÍA-GALLO, *En torno a la carta de población de Brañoserá*, en «Historia, Instituciones, Documentos», 11 (Sevilla 1984)3-4.

algunas frases o vocablos que no corresponden al siglo IX, puesto que pudieron ser introducidas en la copia del original.

Obviada esta dificultad, al haber ya admitido la existencia de interpolaciones, nosotros no encontramos ninguna dificultad en mantener la fecha del año 824, por muy temprana que parezca, como la data auténtica en que fue suscrito el diploma primitivo. En primer lugar cabe destacar la absoluta consonancia de los datos cronológicos consignados en la data; en ella se indica que el 13 de octubre del año 824, era *quinta feria* o jueves, lo cual corresponde plenamente a la realidad.

Si en realidad el documento estuviera antedatado resulta demasiada casualidad, que al modificarse o inventarse la fecha del diploma, esta volviera a coincidir con el día de la semana; no cabe pensar que tuvieran tablas de cálculo, ni conocemos un solo caso que se hayan realizado esos cálculos en los documentos falsificados, y por pura casualidad las posibilidades de acertar son tan sólo de un 14%.

Por otra parte la primera confirmación del diploma original aparece suscrita el año 912, sin indicación del mes ni del día del mes, por el conde Gonzalo Fernández, del cual sabemos que el año 899 era conde de Burgos¹⁴⁰, el 912 era conde de Castilla¹⁴¹ y ese mismo año repoblaba Haza, Clunia y San Esteban de Gormaz a orillas del río Duero por mandato del rey García de León¹⁴², el 914 regía el condado de Burgos¹⁴³ y el 1 de mayo del 915 figuraba como conde de Castilla¹⁴⁴, desapareciendo de la documentación a partir de esta fecha, suponiendo que por haber fallecido poco después, ya que a partir del año 922 encontramos a Nuño Fernández, probable hermano de Gonzalo, como conde de Burgos y como conde de Castilla¹⁴⁵.

Ahora bien, el conde Gonzalo Fernández al confirmar el año 912 el diploma otorgado por los condes Munnio Nunniz y Argilo designa a estos como *avii mei*, esto es, como *abuelos míos*. El primer y más obvio significado de la palabra *avi* es el de abuelos; no hay ningún inconveniente generacional que un hombre mayor el año 915, como debía serlo el conde Gonzalo Fernández, tuviera como abuelos a una pareja joven el año 824.

No excluimos tampoco que con el vocablo *avi* se designe a los bisabuelos como hace el conde Fernán González, que llama también *avi* a los mismos Munnio Nunniz y Argilo a los que su padre Gonzalo Fernández ha designado también como *avi*, o el conde Sancho García que nombra como *avos* por igual a Fernán González, que sí era su abuelo, padre de su padre García Fernández, y a Gonzalo Fernández, que como padre de Fernán González, era bisabuelo del conde Sancho. Sólo en el caso de Munnio Nunniz y Argilo, que se remontan

¹⁴⁰ Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Colección documental del monasterio de San Pedro de Cardeña*, Burgos 1998, doc. 1.

¹⁴¹ *Ob. cit.*, doc. 5.

¹⁴² Manuel GÓMEZ-MORENO *Anales Castellanos*, Madrid 1917, p. 24.

¹⁴³ G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Colección documental del monasterio de San Pedro de Cardeña*, doc. 7.

¹⁴⁴ *Ob. cit.*, 9.

¹⁴⁵ *Ob. cit.*, doc. 15 y 16.

hasta la sexta generación, utiliza el mismo conde Sancho el neologismo de *visabios*.

No obstante este empleo indeterminado como antepasados del vocablo *avi* o *avii*, creemos más bien que los condes Munio Nunniz y Argilo eran tan sólo abuelos del primer confirmante Gonzalo Fernández y no bisabuelos.

La existencia de un Monnio Nunniz, que en el verano del año 882, se encontraba reconstruyendo el castillo de Castrojeriz y que huyó ante la llegada de un ejército musulmán mandado por Almundir, hijo del califa cordobés Muhammad, está bien atestiguada: *También Munio, hijo de Nuño, dejó desierto Castrojeriz ante la llegada de los sarracenos, porque todavía no estaba fuertemente guarnecido*¹⁴⁶. Probablemente es el mismo jefe cristiano que al año siguiente, el 883, guarnecida ya la fortaleza de Castrojeriz hizo frente al empuje musulmán: *Luego encontró guarnecido Castrojeriz, pero nada hizo en él, y en el mes de agosto se acercó a los confines de León*¹⁴⁷.

El año 899 volvemos a encontrar a Munio Núñez, creemos que es el mismo de Castrojeriz, ahora ya con el título condal de Castilla: *comite Munnio Nunniz in Castella*¹⁴⁸, dignidad que seguía ostentando en julio del 909: *et comite Nunu Nunniz in Castella*¹⁴⁹ y conde repoblador de Roa el año 912¹⁵⁰. También es probable por razones de edad que el conde Munio Nunniz, sea el mismo Nuncio que el *Silense* presenta como padre de la reina Munia, la esposa del rey García, que el año 910 se había alzado contra Alfonso III, cuando este mantenía preso a su hijo García en Gozón¹⁵¹.

Todo apunta a que el Munio Nunniz, repoblador de Castrojeriz el 882, es el mismo conde Munnio Nunniz repoblador de Roa treinta años después, el 912, aunque con los datos de que disponemos nunca podamos alcanzar certeza de esa identidad. En este caso es claro que en ningún caso el Munnio Nunniz, esposo de Argilo y otorgante del fuero de Brañosera, puede ser el mismo Munio Nunniz de Castrojeriz y de Roa. Se trataría de dos condes del mismo nombre y patronímico; el segundo de ellos coetáneo y de la misma generación que el conde Gonzalo Fernández, el mismo que el año 912, ya al fin de su vida, llama al primero y a su esposa Argilo *avii mei*, esto es, *abuelos míos*.

Pero, ¿cuál era la relación que unía al Munio Nunniz de Brañosera del año 824 con el Munio Nunniz de Castrojeriz del año 882? Ya en el terreno de la hipótesis, aunque con ciertas probabilidades dados los usos altomedievales seguidos muy habitualmente al imponer los nombres a los hijos, los dos Munio Nunniz serían abuelo y nieto, lo mismo que Munio Nunniz de Brañosera y Gon-

¹⁴⁶ *Crónica Albeldense*, en «Crónicas Asturianas», trad. José Luis Moralejo, Oviedo 1985, p. 252.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Colección documental del monasterio de San Pedro de Cardeña*, doc. 1.

¹⁴⁹ *Ob. cit.*, doc. 4.

¹⁵⁰ Manuel GÓMEZ-MORENO *Anales Castellanos*, Madrid 1917, p. 24.

¹⁵¹ Justo PÉREZ de URBEL, *Sampiro: su crónica y la monarquía leonesa*, Madrid 1952, p. 307. La versión del obispo Pelayo le añade un apellido y le designa como *Munio Fredenandi*, pero es bien sabido lo poco que son de fiar las indicaciones genealógicas del obispo de Oviedo.

zalo Fernández, el confirmante de la carta-puebla de su abuelo el 912, lo que haría a Monnio Nunniz de Castrojeriz y a Gonzalo Fernández, padre de Fernán González, primos hermanos. Estos lazos familiares podemos representarlos así:

Monnio Nunniz = Argilo

*Nunno Muñoz*¹⁵²

*Fernando Muñoz*¹⁵³

Munnio Nunniz

Gonzalo Fernández

Lo que sí podemos afirmar con certeza es que la existencia de un Monnio Nunniz de Castrojeriz el año 882 no nos obliga a considerar bajo ningún concepto como mal fechada o antedatada la carta-puebla de Brañosera.; tampoco podemos suponer ningún error en el nombre personal, ni tampoco en el patronímico, ya que el conde Gonzalo Fernández, cuando el año 912 confirma la carta y llama a Munio Núñez, el esposo de Argilo, abuelo suyo, se encontraba en óptimas condiciones para conocer los datos personales de este Munio Nunniz, otorgante de la carta-puebla de Brañosera.

Uno de los argumentos esgrimidos con más fuerza por Floriano para desplazar la carta-puebla de Brañosera fuera de los primeros decenios del siglo IX ha sido el del patronímico en *-iz*: *Su contextura onomástica no está en consonancia con la época que se pretende para el documento, pues el apellido en ez lo desplaza inexorablemente de los comienzos del siglo IX*¹⁵⁴. En primer lugar hemos de consignar una pequeña rectificación a la afirmación de Floriano; la desinencia patronímica, aun en el texto publicado por el propio Floriano, no es *-ez*, sino *iz*, desinencia que en el texto de la carta-puebla del año 824 sólo se aplica a una única persona a Monnio Nunniz.

Es cierto que en el siglo IX el uso del patronímico es sumamente raro; no lo usan nunca los monarcas que no lo necesitan, ni los hombres de iglesia que sólo añaden al nombre del oficio eclesiástico que desempeñan: *episcopus*, *presbiter*, *diaconus*, ni los hombres del común que son designados siempre exclusivamente por su nombre personal o de pila, que diríamos.

La segunda vez que encontramos un patronímico en *iz* o *ez* en documento autentico, no falsificado ni interpolado, es en un diploma lucense del 13 de enero del año 837, tan sólo trece años posterior a la carta-puebla de Brañosera, en que la otorgante es presentada con el calificativo de *domina*, propio de damas de la alta sociedad: *Hoc scriptum de rebus de domina Exemena Monniiz*, que reitera al iniciarse la parte dispositiva: *Ego Exsemena Moniniz*. Observemos que el primer patronímico conocido es precisamente en *-iz* y se ha formado a base del nombre Monnio en *Monniiz* o *Moniniz*¹⁵⁵.

Un tercer caso de patronímico en *iz* o *ez* se registra en otro diploma castellano del año 862: *de parentibus meis de Vermudo Alvarez et de Guntroda*; como se trata de una copia, es posible que el copista haya actualizado un *Albariz* del original por *Alvarez*¹⁵⁶ más generalizado decenios después.

¹⁵² Sin menciones crónicas ni documentales.

¹⁵³ Sin menciones crónicas ni documentales.

¹⁵⁴ Antonio C. FLORIANO, *Diplomática española del período astur*, Oviedo 1949, p. 161.

¹⁵⁵ *Ob. cit.*, doc. 43.

¹⁵⁶ *Ob. cit.*, doc. 77.

La utilización del patronímico en **-iz**, precisamente para un conde lo encontramos también en la *Crónica Albeldense* en su adición del año 883: *Uigila Sceminiz erat tunc comes in Alaba*¹⁵⁷.

En la documentación de San Pedro de Cardeña los patronímicos en **-iz** aparecen desde su documento más antiguo, del 1 de marzo del año 899, precisamente en los nombres de los dos condes por los que se calenda el diploma: *..et comite Munnio Nunniz in Castella et comite Gundissalbo Fernandiz in Uurgos*¹⁵⁸, y siguen apareciendo de manera habitual en casi todos los documentos siguientes, como si se tratara ya de un uso continuo y generalizado: 24-II-902, 23-VII-909, 1-IX-912, 25-X-913, 1-VIII-914, 25-II-915¹⁵⁹. Que a partir del año 900 el uso del patronímico en **-iz** estaba ya generalizado, al menos para los magnates de esa sociedad, nos lo ratifica la confirmación de la carta-puebla de Brañoseira del año 912 por *el conde Gundisalvo Fernandiz*.

En resumen, aunque sea cierto que el *Monnio Nunniz* del año 824 sea el primer testimonio conocido de patronímico en **-iz**, los diplomas auténticos castellanos de la primera mitad de la primera mitad del siglo IX con que contamos son tan escasos, que no nos permiten afirmar que en el caso de *Monnio Nunniz* se trate de un anacronismo, máxime poseyendo otro testimonio, de autenticidad indubitable, tan próximo al año de 824, que dista de él tan sólo trece años, como el de *Exemena Moniniz*; no juzgamos prudente, basándonos únicamente en el temprano uso del patronímico en **-iz**, calificar a nuestra carta-puebla como antedatada.

6. ALGUNAS INTERPOLACIONES EN EL TEXTO DE LA CARTA-PUEBLA

Con casi total unanimidad los historiadores que han tratado en profundidad el tema de la autenticidad de la carta-puebla han coincidido en calificar el texto que de ella ha llegado hasta nosotros como levemente interpolado. Fue el primero Barrau-Dihigo en 1921 apuntando las frases que despertaban sus sospechas: *inter ossibus et venationes, universa sua genealogia, comes qui fuerit in regno, habeant foro* y las denominaciones de algunos tributos que juzgaba inadmisibles en el siglo IX como *montaticum, annubda, vigiliae, infurtione*¹⁶⁰.

Sánchez-Albornoz reducía drásticamente las frases o vocablos sospechosos de interpolación y sólo admitía *a lo sumo* dos: *anubda e infurtione*¹⁶¹, mientras años después Floriano no sólo venía a coincidir con Barrau-Dihigo señalando como interpolaciones eruditas *inter ossibus et venationes* así como

¹⁵⁷ Edic. Juan Gil Fernández, «*Crónicas Asturianas*», Oviedo 1985, p. 178.

¹⁵⁸ G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Colección documental del monasterio de San Pedro de Cardeña*, doc. 1.

¹⁵⁹ *Ob. cit.*, doc. 3, 4, 5, 6, 7, 8.

¹⁶⁰ Lucien BARRAU-DIHIGO, *Recherches su l'histoire politique du royaume asturien (718-910)*, en «*Revue Hispanique*», 52(1921)85.

¹⁶¹ Anuario de Historia del Derecho Español, 2(1925)534.

la *universa sua genealogia* en la parte narrativa del diploma, sino que calificaba de *anacrónico* y por lo tanto de añadido o interpolado todo el segundo dispositivo foral, que resumía así: *la cobranza del montazgo a los ganados forasteros que entrasen a pastar dentro de los términos deslindados y la exención de los pobladores de anubda, vigilijs de castillo e infurción, quantum poterint ad comite qui fuerit in regno*¹⁶².

Reuniendo las objeciones expuestas por los tres investigadores estas se reducen a dos grupos: el primero lo constituyen las ubicadas en el principio de la carta-puebla en su parte narrativa y que se reducen a dos expresiones: «*inter ossibus y venationes*» con que se describe el lugar donde se asienta la nueva aldea y «*universa sua genealogia*» con que se alude a los familiares de los cinco pobladores. El segundo grupo, mucho más extenso comprendería, según Floriano, nada menos que todo el segundo párrafo dispositivo, en el que se incluyen todas las medidas forales.

Respecto del primer grupo es demasiado evidente la extrañeza que provocan en la parte introductoria en medio del latín vulgar del reino de Oviedo del tercer decenio del siglo dos expresiones tan rebuscadas y cultas como *inter ossibus y venationes y universa sua genealogia*.

El sentido de la primera resulta al menos dudoso; a pesar de que en correcto latín *ossibus* significaría huesos, y su sentido más aproximado sería *entre huesos y cacerías*, creemos mucho más probable, que con *ossibus* el presumido culto pretendía más bien significar a los osos, no a los huesos, ya que en el latín correcto *ursus*, estaría dejando lugar a un latín vulgar *osus*, que servía para designar al animal plantígrado. En este sentido la expresión *inter ossibus et venationes* sería equivalente a entre *osos y cacerías*, o sea, en lugar salvaje, dando así su interpretación personal al nombre de Brañosera de la aldea repoblada, que el autor de la frase aludida interpretaba como *Braña de osos*¹⁶³.

La segunda expresión cultista *universa sua genealogia* también resulta un anacronismo no sólo en el latín del primer cuarto del siglo IX, sino de todo el siglo X y XI donde no encontramos ni un solo caso en que utilice el término *genealogia* para designar a los descendientes. El vocablo utilizado corrientemente es el de *generatio* como nos muestra abundantemente la documentación de la catedral de León y del monasterio de Sahagún.

Parece claro que la expresión *genealogia*, de amplio uso en el mundo carolingio, no pertenece al latín altomedieval peninsular anterior a la llegada del movimiento cluniacense a mediados del siglo XI, y que sólo a partir de esta fecha pudo ser utilizado por algún monje formado en la nueva cultura.

Estamos, pues, de acuerdo en considerar a ambas frases como interpolaciones introducidas en el texto de la carta-puebla al copiarse este texto todavía cuando se usaba la letra visigoda y ya había penetrado la cultura cluniacense con un latín mucho más depurado y elevado.

En cambio no podemos asentir a la descalificación que Floriano extiende a todo el dispositivo foral, a saber a la reserva de pastos en todo el término seña-

¹⁶² Antonio C. FLORIANO, *Diplomática española del período astur*, Oviedo 1949, p. 163.

¹⁶³ Derivados de *oso* son en el castellano moderno *osera* o cueva donde se refugia el oso y *osería* cacería de osos.

lado anteriormente a favor de los ganados de Brañosera, debiendo pagar los que procedieran de fuera una cuota que denomina *montaticum*, esto es, montazgo. Aquí, lo extraño no es que los vecinos perciban un derecho por admitir a los ganados extraños a pacer dentro de sus términos, sino que ese derecho se denomine el año 824 *montaticum*, que nos parece un término posterior a esa fecha, pero sin que podamos afirmar nada con certeza, pues el mismo vocablo lo encontramos también usado en torno al año 880 en el ámbito carolingio.

También se ha señalado como posiblemente interpolada la expresión *habeant foros*; no se han razonado los motivos de esta descalificación como hubiera sido preciso, ya que tal construcción aparece muy usada ya en el siglo X para designar la existencia de una norma jurídica, y no vemos razón ninguna por la que hubiera podido ser empleada igualmente en el siglo IX.

El profesor Sánchez-Albornoz admitía la interpolación de los vocablos *anupda* e *infurtio* como añadidos simplemente a *vigilias de castellos* y a *tributum* del texto primitivo y conservadas en la copia como sinónimos útiles para aclarar el sentido y precisar el significado a los hombres del siglo XI o XII.

La explicación nos parece razonable, aunque debemos admitir, que no encontramos el vocablo *anupda* usado entre los cristianos en documentos no apócrifos hasta ya bien avanzada la segunda mitad del siglo X y que su uso sólo se generaliza para designar el servicio de vigilancia en los castillos, o sea, lo que antes era llamado *vigilias de castellos*, hasta el último cuarto del siglo X y principios del XI. Además el vocablo *anupda*, *anubda* o *anúteba* es de origen árabe y su introducción en el acervo léxico del romance cristiano requirió, como la mayor parte del vocabulario arábigo, la llegada de los mozárabes del sur a la zona cristiana; por eso no tiene nada de extraño que el término *anubda* no lo encontremos hasta la segunda mitad del siglo X¹⁶⁴, y que el año 824 resulte sospechoso de una interpolación.

Lo mismo podemos decir de otra supuesta interpolación, la que se refiere al vocablo *infurtione*, cuyo uso todavía es más tardío que el de *anubda*, y con la que el copista del pergamino original trató de explicar y concretar más el *tributum* que debían pagar los pobladores de Brañosera.

La aparición del vocablo *infurtio* en las primeras décadas del siglo XII para designar un gravamen ya preexistente fue señalado por Mario Bederá, aunque el mismo autor pone de relieve cómo con anterioridad a esa fecha se encontraba en uso la expresión equivalente *in offertione*, origen etimológico de la más tardía *infurtione*¹⁶⁵.

En la más numerosa documentación altomedieval que nos proporciona un centro eclesiástico, la de la catedral de León, en la que contamos con un excelente *Index Verborum*¹⁶⁶ el vocablo *infurtio*, en cualquiera de sus formas, sólo

¹⁶⁴ Dolores OLIVER PÉREZ, *Los arabismos en la documentación del Reino de León (IX-XII) y Glosario de arabismos*, en «Orígenes de las lenguas romances en el reino de León. Siglos IX-XII», León 2004, vol. II, pp. 218-219.

¹⁶⁵ Mario BEDERÁ BRAVO, *Sobre el origen de la infurción*, en «Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro», I, Valencia 1989, pp. 71-85.

¹⁶⁶ José María FERNÁNDEZ CATÓN, *Index Verborum de la documentación medieval leonesa. Archivo Catedral de León (775-1300)*, León 2002, 2 vols.

lo encontramos por primera vez el año 1235¹⁶⁷. En la documentación de San Pedro de Cardeña, la más rica de todas los monasterios castellanos en la época altomedieval, especialmente para los siglos x y xi la *infurtio* es absolutamente desconocida tanto en el cartulario como en la documentación, que alcanza hasta el año 1085¹⁶⁸.

No podemos cerrar este examen de las frases o vocablos sospechosos de interpolación sin ocuparnos de una última perífrasis *comite qui fuerit in regno*, con que se designa a la autoridad que debe percibir tanto el *tributum et infurtione* como la caloña o pena impuesta a los que impugnaren el contenido de esta escritura.

La frase o perífrasis resulta tan obvia y vulgar en la Castilla del siglo ix, donde ya al menos el año 824 gobernaba en toda o en parte de la misma un conde, el llamado *Monnio Nunniz*, que al menos nosotros no alcanzamos a ver en ella nada extraño ni sospechoso, que nos mueva a atribuirlo a una interpolación. Los tributos como la infurción y las caloñas con que como cláusulas penales se protegían los documentos contra los impugnadores podían corresponder a los reyes de Oviedo o de León, pero en las zonas más alejadas de la centralidad del reino como podía ser en Galicia o en Castilla y Álava eran las autoridades territoriales las que las percibían, aunque fuera en sustitución del rey.

La frase *ad comite qui fuerit in regno* aparece por dos veces en nuestra carta puebla: una en boca de Monnio Nunniz cuando al final del diploma conmina a cualesquiera que tratase de impugnar el contenido de la misma con el pago previo antes de iniciar cualquier juicio con la multa de tres libras de oro, cantidad altísima, prácticamente inasequible no sólo a los hombres libres del común, sino incluso a los mismos magnates; la segunda ocasión es en la parte dispositiva foral donde el *comite qui fuerit in regno* es el destinatario del *tributum et infurtione*, que deben abonar todos los que vinieren a poblar Brañosera.

El hecho de que la misma expresión se encuentre en la cláusula penal contra los impugnadores del diploma, cláusula de estilo en muchas ocasiones, y en el bloque dispositivo foral, descalifica, a nuestro juicio decisivamente, la afirmación de que este bloque en su conjunto sea una interpolación, como sugiere Floriano, ya que esto supondría la existencia de dos redactores distintos, que vendrían a coincidir en formas de expresión concretas, más allá de las cláusulas de estilo o generales.

También hemos de desechar la opinión de que la cláusula *ad comite qui fuerit in regno*, suponga que Castilla hubiera cesado ya de ser un condado y se hubiera convertido en un reino, lo que supondría una interpolación posterior al año 1035, en que se supone indebidamente que desaparece el condado y Castilla se convierte en reino bajo la titularidad de Fernando I.

La frase ni afirma ni niega ni implica nada acerca de si Castilla, a la que no se menciona como tal, sea un reino o un condado. Lo único que la frase dice y pone de manifiesto es que el territorio o distrito en el que se encuadra Brañosera tiene a su frente un conde y que ese distrito y ese conde están dentro de un reino.

¹⁶⁷ Jose Manuel RUIZ ASENCIO, *Colección documental del archivo de la catedral de León, VIII: (123-1269)*, León 1993, doc. 2011.

¹⁶⁸ Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Colección documental del monasterio de San Pedro de Cardeña*, Burgos 1998.

Estas circunstancias se dan en Brañoserá y Castilla al menos desde el primer cuarto del siglo IX en que Castilla aparece regida por diversos condes: Munnio Nunniz el 824, el conde Rodrigo 860-873, el conde Diego Rodríguez, 873-885), etc., siempre perteneciendo a un reino, al reino de Oviedo primero hasta el año 910 y al reino de León hasta 1157, salvo el pequeño interregno de Sancho II, 1065-1072. Porque además no es exacta la afirmación de que a la muerte de Sancho el Mayor su hijo Fernando se titulara rey de Castilla, nunca usó ese título, y en cambio sí el de conde que ya venía usando desde 1029. Sólo después de la muerte del rey Vermudo III se titulará rey, pero ante todo rey de León, del único reino que había existido y seguía existiendo, y al que siempre Castilla había pertenecido¹⁶⁹.

Al final de este análisis de las posibles interpolaciones o adiciones incluidas en nuestra carta-puebla al transcribirse esta a finales del siglo XI o en el primer tercio del siglo XII nos atrevemos a afirmar que no existen pruebas terminantes de esas interpolaciones, aunque varias expresiones o vocablos, inusitados o anacrónicos en una fecha tan temprana como el año 824, convierten al texto del diploma de Brañoserá en sospechoso de haber sido retocado o actualizado. Esta fue la posición en su día del gran crítico francés Barrau-Dihigo.

Esta sospecha recae sobre las siguientes expresiones o vocablos: *inter ossibus et venationes, universa sua genealogia, montaticum, anupda e infurtione*, sin que osemos extender nuestra sospecha más allá de los términos aquí señalados. Ante la escasez de diplomas auténticos del siglo IX, no creemos que nunca lleguemos a contar con elementos suficientes para emitir un juicio más terminante, que pueda cerrar con seguridad en un sentido o en otro el debate suscitado acerca de la autenticidad de la carta-puebla de Brañoserá y delimitar o extender las sospechas que hemos apuntado.

7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CARTA DE BRAÑOSERA

El análisis de la naturaleza jurídica de la carta-puebla de Brañoserá se inicia ya con Juan Antonio Llorente que presenta bajo el título de *Fueros de Brañoserá* la escritura otorgada por Munnio Nunniz y Argilo como modelo de ...*cómo serían las Cartas-pueblas de los demás lugares de señorío particular solariego que no han llegado a nuestros días. El señor solariego señalaba términos al pueblo, y se convenía con los pobladores en cuanto a lo que debían contribuir, que es lo que practicó en Brañoserá, pero no daba jurisdicción a los vecinos, porque sólo el soberano la podía conceder*¹⁷⁰.

El pensamiento del canónigo calagurritano no puede ser más transparente; según él Munnio Nunniz y Argilo eran los señores dominicales o propietarios de todo el término de Brañoserá; en él acogen a cinco pobladores a los que

¹⁶⁹ Gonzalo MARTÍNEZ DíEZ, *El condado de Castilla (711-1038). La historia frente a la leyenda*, Valladolid 2005, p. 681-738.

¹⁷⁰ Juan Antonio LLORENTE, *Noticias históricas de las tres Provincias Vascongadas*: tomo III, Madrid 1807, p. 33.

otorgan dicho término para que pongan en aprovechamiento o explotación, pero sin otorgarles por lo mismo ningún derecho de propiedad exclusiva. No se indica en la escritura qué clase de derechos adquirirían los pobladores sobre aquellas parcelas o solares, que fueren objeto de especial cultivo agrícola, y qué derechos dominicales seguía conservando el señor solariego o propietario sobre esas mismas parcelas o solares.

Dado que la finalidad de la escritura es contribuir a la población del lugar y atraer pobladores a la nueva aldea no duda Llorente en calificarla de *carta-puebla*, calificación que hará fortuna, aunque en el título que la precede la designe también como *Fueros*, utilizando el término *fueros* en un sentido muy amplio, como todo documento que otorga algún derecho o privilegio de cualquier clase, lo mismo sea dominical que jurisdiccional, a todos o a un grupo de vecinos de un lugar o territorio.

Desde luego se excluye en esta carta-puebla, como indica Llorente, la concesión de cualquier jurisdicción al conjunto de los vecinos o aldea de la villa, ya que ni siquiera nos consta en modo alguno que la jurisdicción fuera ejercida sobre Brañosera y sus vecinos por Monnio Nunniz por el hecho de ser su señor solariego, sino que todo apunta a que su autoridad jurisdiccional dimanaba del hecho de ser designado por el rey como *conde* de un territorio del cual formaba parte Brañosera y su término.

Después de otorgar el derecho fundamental a establecerse y poblar en Brañosera a los cinco primeros pobladores y a todos los que vinieren después de ellos con la misma intención repobladora Munnio Nunniz, como señor solariego les concede para sus ganados el exclusivo derecho de pasto sobre el territorio, que ha delimitado como término para Brañosera. Los hombres de fuera de Brañosera, que quisieran venir con sus ganados a pastar en el término de Brañosera, deberán pagar a los vecinos de ésta, cierta cantidad que recibía el nombre de *montaticum* o *montazgo* y que debía dividirse en dos mitades, una para los vecinos de Brañosera, la otra para el conde que tuviera la autoridad sobre la tierra.

Aunque hemos indicado que Munnio Nunniz en la carta-puebla de Brañosera no otorga a los vecinos como conjunto ninguna clase de jurisdicción en el lugar, sí que concede a los pobladores una exención o libertad de carácter jurisdiccional, que sólo él estaba capacitado a otorgar, por su carácter de autoridad condal en el territorio.

Munnio Nunniz exige a todos los que vinieren a poblar la villa de dos prestaciones públicas personales que afectaban a los habitantes del reino, a saber, de *anupda*, esto es, servicio de vigilancia en puestos avanzados estratégicos para descubrir al enemigo musulmán, que tratara de acercarse o sorprender al territorio cristiano, y de *vigilias de castillos*, o lo que es lo mismo, servicio de guardia y trabajo en los castillos y fortalezas de la zona.

En lugar de estos dos servicios de carácter personal los hombres de Brañosera debían pagar al conde que rigiera aquella parte del reino dos prestaciones pecuniarias, que llevan los nombres de *tributum* y de *infurtione*. Se trata de una reconversión o sustitución de una prestación personal de carácter público por una contribución pecuniaria a favor de la autoridad del condado en el que se integraba Brañosera, conversión, que por afectar a prestaciones de carácter público sólo podían ser otorgadas por el conde como autoridad pública, nunca

como señor solariego de Brañosera. Vemos pues que en la carta-puebla de Brañosera, como será frecuente más adelante, se mezclan concesiones o privilegios de carácter privado o dominical con otros de carácter público o jurisdiccional.

También Floriano Cumbreño disertará acerca de la naturaleza jurídica de la carta-puebla de Brañosera; este autor no cree que este documento fuera originariamente una carta de población, sino una donación ad populando (la más antigua entre las laicas, desde luego) y que documentalmente considerada (y aun jurídicamente) no es todavía una carta de población tal y como se desarrollan entre los siglos XI y XIII, pues la donación ad populando es la transmisión del dominio de un predio por un señor a un grupo de colonos más o menos numeroso, para su aprovechamiento o sea de «contrato agrario colectivo», que D. Galo Sánchez adivina con evidente perspicacia en la esencia de la Carta de Población, y que sólo produce efectos civiles, mientras que ésta los produce civiles y políticos, al fijar las condiciones o normas a las que han de ajustarse las personas que se establecen en el predio, lugar o territorio poblado y al concederles determinadas inmunidades y ventajas para estimular la población¹⁷¹.

Floriano niega que en el caso de la escritura de Munnio Nunniz y Argilo a favor de los pobladores de Brañosera estemos ante una *carta-puebla* o *carta de población*, como él prefiere llamarla, porque la carta de Brañosera, según él, sólo producía efectos civiles o meramente dominicales, lo que la reduciría a un mero *contrato agrario colectivo*, consecuente con su opinión de considerar como interpolación posterior y no perteneciente a la primitiva carta el párrafo que contiene todas las disposiciones forales relativas a los derechos exclusivos de pastos, al montazgo, a la *anupda*, a las *vigilias de castellos*, al *tributum* y a la *infurtione*, que supondrían un conjunto de derechos y efectos civiles y políticos al mismo tiempo origen de ciertas inmunidades e inmunidades, porque ya hemos indicado nuestro desacuerdo con el radical rechazo y descalificación del mencionado párrafo de nuestra carta-puebla, para el que como muy bien indica García-Gallo no se percibe en el texto la distinción necesaria que permita descalificar el mencionado párrafo foral¹⁷².

Prescindimos, aunque por motivos muy diversos, de la interpretación que hace el profesor Ferrari de nuestro texto foral, que ve en la carta de población de Brañosera la pervivencia del viejo sistema de explotación de los grandes dominios imperiales y senatoriales de la época romana, mantenido por una aristocracia sucesora de la senatorial tardorromana¹⁷³, pues no encontramos ni el más mínimo apoyo en el tenor literal de la carta de Brañosera, ni en otras cartas-pueblas, que nos permitan enlazar o relacionar los sistemas de repoblación altomedievales con el sistema agrario de la época tardorromana.

Finalmente será el propio García-Gallo el que nos ofrezca el análisis jurídico más extenso y pormenorizado, destacando en primer lugar que *no se dice que la villa sea propiedad del conde Munnio Núñez y de su mujer Argilo, ni*

¹⁷¹ Antonio C. FLORIANO, *Diplomática Española de Período Astu*, Oviedo 1949, p 162.

¹⁷² ALFONSO GARCÍA-GALLO, *En torno a la carta de población de Brañosera*, en «Historia, Instituciones, Documentos», 11(1984)11.

¹⁷³ Ángel FERRARI, *Arcaísmos tópicos del reino astur testimoniados en el libro de las behetrías*, en «Boletín de la Real Academia de la Historia», CLXXV(1978)219-223.

tampoco que los establecidos en ella tengan tierras o heredades recibidas del conde o propiedad suya; aunque con toda probabilidad las heredades que éstos poseen son del dominio condal y las tienen en prestimonio, ya que están obligados a pagar «tributum et infurtione ad comite qui fuerit in regno», es decir, al que ejerce la autoridad y no simplemente al conde en cuanto señor; por ello, en fechas posteriores se busca que otros condes confirmen la concesión. En ningún caso se alude a la tenencia o concesión de tierras de cultivo, ya sea a los establecidos o a los que vengan de nuevo a poblar –no se les ofrecen a éstos–, ni se indica cuál es la relación jurídica personal o real entre estos hombres y el conde¹⁷⁴.

El análisis jurídico de García-Gallo es certero; por el texto de la carta-puebla no podemos afirmar, como hizo en su día Llorente, que el conde Munnio Nunniz era el señor solariego, esto es, el titular del dominio o propiedad, como persona particular, del término sobre el que se funda la nueva villa de Brañoseira; García-Gallo, al contrario, juzga con toda probabilidad, que las tierras pertenecen al dominio condal o público, administrado por el conde, como delegado del rey.

Esta su preferencia por clasificar a las tierras de Brañoseira como tierras del dominio público, administrado por el conde como delegado del rey, la fundamenta García-Gallo, y creemos que con acierto, en que la *infurtione*, que parece era una tributación debida por el usufructo de propiedades ajenas, se dice que será pagada *ad comite qui fuerit in regno*, esto es al conde o al agente que ejerciere la autoridad en el territorio en el nombre del rey.

En cambio no nos prueba lo mismo la cláusula penal de *tres libras aureas* con que se penalizaba o castigaba a los que osaran disputar los montes o los términos con su contenido a los hombres de Brañoseira, la cual debería abonarse también *a parte de comite qui fuerit in regno*, ya que la percepción de la cláusula penal consignada en las escrituras contra sus impugnadores, aunque fueran de negocios estrictamente privados, era de ordinario atribuida al rey, al conde o a quien ejerciera la autoridad en el territorio.

Insiste particularmente el profesor García-Gallo, y muy oportunamente, en que no se otorga a los vecinos de Brañoseira el dominio o propiedad de su término con sus montes, aguas y frutos, sino únicamente su aprovechamiento:

Habida cuenta de que los montes, aguas y frutos forman parte del dominio –constituyen sus «pertinentiae»– y su aprovechamiento pertenece a su titular; lo que el conde Nuño Núñez concede, en cuanto tenedor y beneficiario de los mismos por su condición de conde en cuyo distrito se halla la villa, no es el dominio de ello, sino su libre uso, a los habitantes de la misma. Posiblemente, el precisar que la villa se encuentra «inter ossibus et venationes» no responde a un prurito de pedantería; y que el término de ella comprende los montes, aguas, fuentes «et frugibus convallium sive universa longa fructifera», no es tanto una reiteración como hacer extensiva la concesión a toda clase de provechos, incluyendo entre ellos los de la caza¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Alfonso GARCÍA-GALLO, *En torno a la carta de población de Brañoseira*, en «Historia, Instituciones, Documentos», 11(1984)12.

¹⁷⁵ *Ob. cit.*, p. 13.

Acabaremos este apartado dedicado al análisis de la naturaleza jurídica de la carta-puebla de Brañosera y de su relación con otras cartas-pueblas de siglos posteriores con las mismas palabras del maestro García-Gallo, que hacemos nuestras en su integridad:

El documento de Brañosera contiene sin duda una «carta ad populandum», que ofrece marcada singularidad cuando se la compara con otras que se otorgan con igual finalidad. El fomento de la población se procura en ella con la mera concesión del aprovechamiento gratuito del monte (o participación en lo que por él abonen las gentes de otras villas) y la exención de ciertas cargas militares, en este lugar y tiempo más onerosas que necesarias y eficaces.

Esto se corresponde con un medio político, social y económico de firme estructura dominical (sea el señor, el rey o un noble o iglesia), sobre la que todavía no actúan presiones que la perturben; en este sentido la carta de Brañosera se encuadra en el siglo IX. Será en el siguiente cuando la repoblación dé lugar a «cartae populationis» de otra naturaleza.

De un lado, a las que para atraer pobladores se cuidan de fijar el estatuto jurídico del lugar en condiciones superiores a las habituales, con franquicias y privilegios, por lo que la carta de población constituye ante todo un documento de derecho público, base del «fuero» o derecho de aplicación preferente. De otro lado aparecen las cartas pueblas o contratos agrarios opcionales, donde a la vez que se fija ventajosamente la situación personal y económica de los hombres del lugar para evitar emigren a otro, se ofrece a quienes vengan de otra parte las mismas condiciones, que afectan tanto al derecho privado como a la organización pública señorial¹⁷⁶.

8. LOS ASCENDIENTES DEL CONDE FERNÁN GONZÁLEZ EN EL FUERO DE BRAÑOSERA

Hasta ahora hemos tratado casi exclusivamente de establecer la transmisión manuscrita y el texto crítico de la carta-puebla de Brañosera y de poner de relieve la importancia jurídica de la misma por tratarse de la primera carta foral de toda España, si exceptuamos acaso el ámbito carolingio. Pero he aquí que la importancia histórica de nuestra carta puebla es, si cabe, todavía mayor que la jurídica, ya que ella y sólo ella en su texto y en sus tres confirmaciones de los años 912, 968 y 998 nos proporciona los datos esenciales y claves para poder conocer con grandes probabilidades de certeza el linaje familiar de Fernán González y hacer brillar la luz sobre sus ascendientes.

La leyenda tardía, ya que no va más allá de la segunda mitad del siglo XII, y juglaresca de Laín Calvo y Nuño Rasura, jueces de Castilla, había incluido en ella una supuesta genealogía del conde Fernán González: *Nunno Belchídez ouo fillo a Nunno Rasuera. Nunno Rasuera ouo fillo a Gonçalbo Núnnez. Gonçalbo Núnnez ouo fillo al comte Fernand Gonçálbez...*¹⁷⁷.

¹⁷⁶ *Ob. cit.*, p. 14.

¹⁷⁷ Manuel SERRANO y SANZ, *Cronicon Villarensis (Liber Regum)*, en BRAE, 6(1919)209.

Aproximadamente por las mismas fechas la *Crónica Najerense*, escrita no antes del año 1160, nos ofrecía la misma genealogía del conde Fernán González: *Item sciendum quod Nunno Belchediz, genuit Nunnium Rasorum, Nunnus Rasorum genuit Gundissaluum Nuniz, Gundissaluus Nuniz genuit comitem Ferdinandum Gonzaluez, qui castellanos de sub iugo Legionensis dominationis dicitur extrasisse*¹⁷⁸.

Esta misma genealogía del gran conde castellano será repetida, adornada con rasgos pro leoneses, por Lucas de Tuy¹⁷⁹ y en versión pro castellana por el arzobispo de Toledo don Rodrigo Jiménez de Rada¹⁸⁰, y tomándola de estos dos grandes cronistas y tratando de armonizar ambas versiones Alfonso X la incorporaría en el siglo XIII a su *Primera Crónica General*¹⁸¹, desde donde pasaría a todas las historias posteriores.

Pero hoy la crítica histórica rechaza de manera casi unánime la leyenda de *Los Jueces de Castilla*, rechazo que ya fue iniciado en el siglo XVIII por el sabio agustino P. Enrique Flórez¹⁸²; en nuestros días, se puede decir que en solitario entre los investigadores¹⁸³, únicamente Justo Pérez de Urbel ha continuado manteniendo la historicidad del mito de los jueces de Castilla¹⁸⁴, aunque al mismo tiempo no dudaba en rechazar la genealogía de Fernán González que la leyenda de *Los jueces de Castilla* presentaba como histórica. Y así, ya en la primera de las dos ediciones de su obra fundamental relativa al condado de Castilla afirmaba: *Esta ascendencia tradicional es inaceptable para quien examina de cerca la documentación coetánea. En primer lugar ese Nuño Belquidez, que encontramos por vez primera en la «Crónica Najerense», es un personaje fabuloso, inventado acaso para relacionar con los germanos el origen de la capital de Castilla*¹⁸⁵.

En la segunda redacción de su historia del condado de Castilla insiste Dom Justo en este rechazo de la genealogía consignada en la *Crónica Najerense* y propone otra más acorde con los datos de la documentación de la época; según ella los padres de Fernán González, habrían sido los condes Gonzalo

¹⁷⁸ Antonio UBIETO ARTETA, *Crónica Najerense*, Valencia 1966, p. 90.

¹⁷⁹ *Chonicon mundi*, ed. Emma Falqué, en «Corpus Christianorum. Continuatio Mediaevalis», vol. 74, Turnhout: Brepols 2003, pp. 255-258.

¹⁸⁰ *De rebus Hispaniae*, ed. Lorenzana, Madrid 1793, pp. 97-98.

¹⁸¹ Ed. Menéndez Pidal, Madrid 1977, pp. 387-388.

¹⁸² *España Sagrada*, XXVI, Madrid 1771, pp. 59-66.

¹⁸³ GALO SÁNCHEZ, *Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano*, en AHDE, 6(1929)265 y 313; Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Orígenes de Castilla. Cómo nace un pueblo*, en «Revista de la Universidad de Buenos Aires», 1(1943)293; José María RAMOS LOSCERTALES, *Los jueces de Castilla*, en Cuadernos de Historia de España», 10(1948)75-104; Alfonso GARCÍA-GALLO, *Las versiones medievales de la independencia de Castilla*, en AHDE, 54(1984)266; «Georges MARTIN, *Les juges de Castille. Mentalités et discours historique dans l'Espagne médiévale*, Paris 1992, p. 39; Ernesto PASTOR DÍAZ de GARAYO, *Castilla en el tránsito de la antigüedad al feudalismo*, Valladolid 1996, pp. 192-193; Francisco Javier PEÑA PÉREZ, *Mitos y leyendas. Historia y poder. Castilla en sus orígenes y en su primer apogeo (siglos IX-XIII)*, Burgos 2003, pp. 32-47. Para una visión de conjunto Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *El condado de Castilla (711-1038). La historia frente a la leyenda*, Valladolid 2005, pp. 280-290.

¹⁸⁴ Justo PÉREZ DE URBEL, *Historia del condado de Castilla*, Madrid 1945, pp. 149-166. ídem, *El condado de Castilla. Los 300 años en que se hizo Castilla*, Madrid 1969, I, p. 129.

¹⁸⁵ *Historia del condado de Castilla*, Madrid 1945, I, p. 349.

Fernández y Muniadonna, los abuelos paternos Fernando Núñez y Gotina y sus bisabuelos, padres del abuelo paterno Munnio Núñez, al que identifica con Nuño Rasura, y Argilo.

Lo primero que debemos afirmar es que en ningún documento de la época encontramos ni una sola vez el menor rastro de Nuño Belquídez o de Nuño Rasura, así como tampoco de ningún personaje con la dignidad condal que se llamase Fernando Núñez. No sólo cabe aducir aquí el argumento derivado del silencio documental, sino que también las fuentes con que contamos parecen apuntar positivamente otros nombres para los ascendientes de Fernán González, y entre todas estas fuentes el diploma más completo e iluminador es precisamente la carta-puebla de Brañosera.

Este diploma nos permite contemplar, supliendo una laguna con el nombre personal y el patronímico deducido de los eslabones anterior y posterior, la siguiente saga generacional, desde los condes Munio Núñez y Argilo hasta el conde Sancho García, a los que asignamos unas datas hipotéticas, entre las que pudo transcurrir su vida:

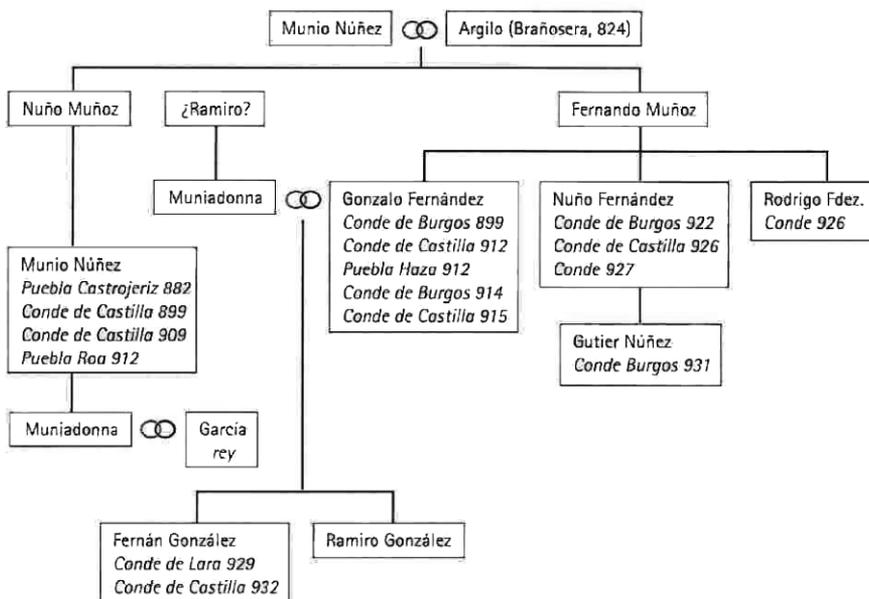
1. Munio Núñez y Argilo: ¿795-860?
2. Fernando Muñoz¹⁸⁶: ¿825-890?
3. Gonzalo Fernández: ¿855-915?
4. Fernán González: ¿905-970?
5. García Fernández: 943-995
6. Sancho García: ¿975-1017.

En base al diploma otorgado a Brañosera el año 824 y a sus indicaciones sobre parentesco y teniendo muy en cuenta las distancias generacionales así como los usos generalizados en la atribución de los nombres y de los patronímicos podemos proponer como altamente probable el siguiente cuadro genealógico de la familia en cuyo seno vino al mundo Fernán González, y que demostraría cómo miembros de esta familia venían ya ejerciendo la dignidad condal en tierras castellanas un siglo antes de que Fernán González fuera designado conde en Castilla el año 932.

En esta saga de seis generaciones del linaje de Fernán González, además del otorgante Munnio Nunniz, otros tres son confirmantes de la carta-puebla de Brañosera: el primero Gonzalo Fernández el año 912 cuando era conde de Burgos, que omite el nombre de su esposa, y que llama a Munnio Nunniz y a Argilo *avii mei*, estos abuelos míos. En esta primera confirmación no se indica ni el mes ni el día del mes en que fue otorgada, sólo el año.

¹⁸⁶ Hay que destacar que aunque de ordinario se toman como equivalentes los nombres de Munio y Nunno y se confunden como si fueran el mismo nombre se trata de dos nombres personales distintos: Munnio se declina como Munnionis y el patronímico derivado de él era primero Monnicci y más tarde Munnioz y Muñoz, mientras Nunnus se declinaba como Nunnus, Nunni y el patronímico derivado de él fue siempre Nunnus o Nunniz, de donde procede el actual Núñez.

ANTEPASADOS DE FERNÁN GONZÁLEZ



El segundo confirmante es Fernán González, que el año 968 ratifica junto con su segunda esposa, la pamplonesa Urraca, hija del rey García Sánchez I, y nieta de la reina doña Toda, lo otorgado por *Monnio Nunniz et Argilo et Gundisalvo Fernandiz*. Fernán González también designa al conde Munnio Nunniz y a doña Argilo como *avi mei*, esto es, *abuelos míos*, cuando, si eran *avii*, de su padre Gonzalo Fernández, serían al menos bisabuelos de Fernán González, lo que nos demuestra la extensión con que se usaba en el siglo IX el vocablo *avi*.

La confirmación del conde Fernán González se dice otorgada el jueves, 1 de abril del año 968 presentando un patente anacronismo, ya que ese día no era jueves sino miércoles. El error hemos de buscarlo en el día de la semana, *feria V*, o en el año, ya que resulta apenas comprensible en el día del mes expresado así: *ipsas kalendas aprilis*; es posible que el original dijera *feria IV* y que el copista escribiera *feria V*, pero es también posible que fuera el año el mal transcrito. Pero el error en el año apenas es admisible, pues el único año de la vida de Fernán González unido por matrimonio con Urraca en que el 1 de abril cayó en miércoles fue el año 963, en cifras romanas MI o TI, de difícil intercambio con TVI; por eso creemos más probable que el error se encuentre en el día de la semana.

La tercera confirmación está otorgada el martes, 24 de mayo del año 998, por el conde Sancho García, que tampoco se hace acompañar de su esposa, la

condesa Urraca; los datos cronológicos son absolutamente concordantes. En esta confirmación llama *avi mei* a Gonzalo Fernández y a Fernán González, cuando sólo este segundo era en verdad su abuelo, mientras Gonzalo Fernández debía ser necesariamente su bisabuelo, aunque le designe con el mismo nombre de *avi* como a su abuelo verdadero; a Munnio Nunniz y a Argilo distantes al menos cinco generaciones el término que les aplica es el de *meos visabios*.

Sin la carta-puebla de Brañosera hubiéramos permanecido en la máxima oscuridad acerca de los antepasados de Fernán González y no hubiéramos podido reconstruir la saga de los ascendientes de este conde castellano. Esta es la importancia histórica de la carta-puebla más antigua de España.

9. SOBRE LOS SIGNOS DE OTORGANTES Y CONFIRMANTES DE LA CARTA-PUEBLA

No hemos querido cerrar este modesto análisis y estudio de diversos aspectos de la carta-puebla de Brañosera, sin que en el mismo figurara un examen paleográfico e histórico de los signos de validación y confirmación que los otorgantes, confirmantes y testigos imprimieron en la carta-puebla original, y que han llegado hasta nosotros, con todas las imperfecciones inevitables de una doble copia, gracias a la diligencia y fidelidad de las copias tanto del siglo XI-XII como del siglo XVIII.

Ante nuestra impericia personal en el tema hemos acudido a un querido amigo y colega, que lleva ya algún tiempo reuniendo el material paleográfico preciso y estudiando los signos condales castellanos, al profesor Félix Martínez Llorente, solicitando de su amabilidad un análisis específico de los signos validatorios que aparecen en los ejemplares manuscritos de la carta-puebla de Brañosera.

Accediendo a nuestra petición nos ha facilitado unas páginas que consideramos de gran interés y que vienen a complementar nuestro estudio, páginas que no dudamos en asumir como propias, y que con su generosa autorización transcribimos a continuación:

«Los códices del siglo XVIII que nos han transmitido hasta nuestros días la versión más fidedigna de la Carta de Población de Brañosera nos han proporcionado a su vez, merced a la particular diligencia de sus transcritores, un valioso elenco de elementos figurados o signos que acompañaban a las suscripciones de otorgantes, confirmantes y testigos con los que evidenciar la fidelidad de su trabajo e, indirectamente, la proximidad entre la factura del original y su copia.»

«Entrando en el análisis de los mismos, lo primero que llama nuestra atención es la ausencia en ambos ejemplares —el de Liciniano Sáez y el anónimo, aunque datable a fines del siglo XVIII— del signo de la invocación monogramática que en forma de crismón cursivo aparecería, con total seguridad, tanto al comienzo del documento como principiando las columnas o líneas de confirmantes y testigos del diploma. El hecho de que ninguno de los dos transcrip-

res lo contemple –con la minuciosidad que imprimen a su trabajo– nos hace sospechar que la copia de fines del siglo XI o principios del XII en que se recogía la carta poblacional –la única conocida por ellos– ya no lo portaba (posiblemente debido a que por su estilizada forma, propia de la escritura visigótica, pasara desapercibido o se hubiera perdido su visión).»

«Por lo que se refiere a los signos de suscripción y ratificación, debemos distinguir entre los que corresponden al diploma inicial de concesión –el otorgado el 13 de octubre de 824 por Munio Núñez y su esposa, Argilo– y las posteriores confirmaciones de Gonzalo Fernández (912), de Fernán González (28 de marzo de 968) y de Sancho García (24 de mayo de 998), ya que aunque de fechas próximas presentan algunas singularidades que abundarían en su autenticidad.»

«Si tomamos en consideración la forma en cómo son recogidos por los transcritores es posible que dichos signos fueran trazados en el documento original de la carta sin mayores pretensiones ni cuidado caligráfico. Es lógico que así fuera en la medida que los condes –tanto más en esta primera época del régimen condal por la futura Castilla– no poseen una cancillería organizada y a cada momento debieron de valerse del copista o amanuense más cercano, casi siempre de condición eclesiástica¹⁸⁷.»

«Sobre su grado de autenticidad –teniendo en cuenta cómo nos han llegado– y cuánto pudiera haber en ellos de imaginación tanto del copista que realizó la copia imitativa del original, como en la mano de los providenciales transcritores dieciochescos, la conclusión a la que llegamos es que en el primer caso –el escriba de fines del siglo XI o principios del XII– debió tener ante sus ojos un ejemplar tan fiel del mismo y ser tan cuidadoso en su reproducción como para que, en una segunda versión caligráfica del mismo llevada a cabo seis centurias más tarde –con todo lo descuidada que ésta pudiera ser–, aún podamos imaginar y hasta reconstruir sin dificultad –eso sí, comparándolos con otros signos de diplomas originales coetáneos– los que debieron ser sus signos primigenios.»

«Es lógico pensar que aquel circunstancial escribano que recogió en un nuevo soporte de pergamino el dispositivo y las sucesivas confirmaciones que de la carta poblacional se habían hecho en años posteriores a su primera concesión (824) intentara reproducir, lo más fidedignamente posible, tanto la caligrafía como los signos que le daban validez y garantía de autenticidad, aunque con las limitaciones propias de su mayor o menor pericia o habilidad pendolística. Si no hubiera sido así, no sería comprensible la identidad casi absoluta que en la reproducción de tales signos presentan las dos copias dieciochescas, sin relación textual alguna entre ellas, como ha quedado probado a lo largo del presente estudio.»

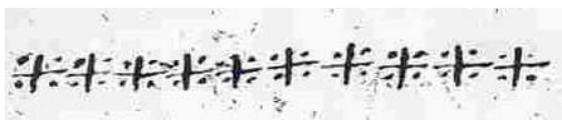
«Tanto para el signo de validación que sigue a los nombres de los condes otorgantes (Munio Núñez y Argilo) y con el que sancionan el negocio jurídico, como en los correspondientes a los condes confirmantes posteriores, o en los signos crucíferos de los testigos, apreciamos una identidad casi absoluta entre

¹⁸⁷ Manuel ZABALZA DUQUE, *Colección diplomática de los condes de Castilla*, Salamanca 1998, p. 92.

las versiones que proporcionan ambos ejemplares, lo que no vendría sino a evidenciar el que copian de una fuente común»:

- El signo de Munio Núñez y Argilo son dos cruces de puntas lobuladas unidas por el brazo central de mimética factura en las dos escrituras.
- El *signum crucis* del testigo Caballairas se inserta en una figura cuatrilobulada idéntica en ambos copistas.
- Apreciamos un casi idéntico número de cruces (7, 10, 4), en todos los casos con un punto entre los brazos todas ellas (4 en cada caso), trazadas siguiendo una línea continua, que será signo de validación propio de un número igual en cada caso de testigos.
- Dos cruces insertas en sendos círculos/rombos, constituyen los signos del conde Fernán González y de su esposa Urraca, así como de su nieto el conde Sancho García.

«Las cruces y los crismones anagramáticos constituyen algunos de los signos de mayor antigüedad y más profusa utilización documental dentro del mundo cristiano hispano. Sin embargo, su valor resulta más simbólico que individualizante, identificativo o personal dentro del campo jurídico-documental, ya que se trata de signos manuales de fácil ejecución y muy repetitivos, por lo general comunes a autoridades, profesionales y particulares iletrados, incluso ágrafos.»



Signos en forma de cruz de suscripciones testificales. Copia B de la Carta

«Evidenciables desde el período visigodo –son muchas las pizarras de los siglos VII y VIII en las que se constata su presencia como medios de validación documental¹⁸⁸– tendrán su continuidad gráfica en los reinos cristianos altomedievales, en algunos casos perfeccionándolos.»

«Un ejemplo de ello lo constituyen los signos artificiosos y enigmáticos, de estructura dedálica, monogramática o laberíntica, auténticas construcciones de formas simétricas de apariencia semejante a edificaciones arquitectónicas cuando no a guiones o pendones flameantes, criptogramas o pabellones cuajados de circunvalaciones, arquerías o semiarquerías lineales¹⁸⁹.»

«En el diploma que nos ocupa tanto los signos del matrimonio condal como los de los confirmantes se reducen a unas simples cruces, el signo salvífico por excelencia, que será utilizado con profusión en la diplomática del reino, como signo de validación, hasta bien entrado el siglo XIII¹⁹⁰. Quedan

¹⁸⁸ Ángel CANELLAS LÓPEZ, *Diplomática Hispano-Visigoda*, Zaragoza 1979, pp. 81-87; Isabel VELÁSQUEZ SORIANO, *Las pizarras visigodas: edición crítica y estudio*, Murcia 1989, pp. 100-103.

¹⁸⁹ María Isabel OSTOLAZA, *La validación en los documentos del occidente hispánico (s. X-XII). Del signum crucis al signum manus*, en «Graphisque Symbole in mittelalterlichen Urkunden (Historische Hilfswissenschaften), Bd. 3, Sigmaringen 1996, pp. 452-461.

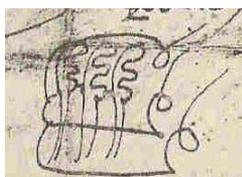
¹⁹⁰ Emiliano GONZÁLEZ DÍEZ; Félix MARTÍNEZ LLORENTE, *El blasón heráldico de los reinos de León y Castilla*, Salamanca 2002, pp. 33-62.

lejos de esta simple factura documental, pues, casi tanto como la propia corte ovetense, las artificiosas construcciones gráficas a las que hemos hecho referencia y que venían siendo actuadas por la totalidad de los notarios regios conocidos por esas mismas fechas.»

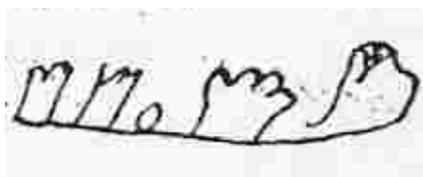
«Sin embargo, llaman más nuestra atención los signos de suscripción reproducidos por los copistas como pertenecientes a los condes Gonzalo Fernández (855?-915?), Fernán González (905?-970?) y Sancho García (975?-1017)¹⁹¹.»

«En el primer caso –el conde Gonzalo Fernández– se trata de un signo muy semejante a otros muchos utilizados por magnates y altos dignatarios de la corte regia en las suscripciones oficiales registradas por los principales notarios del reino.»

«Estaríamos ante la típica triple columna dispuesta verticalmente a manera de constructoristas con volutas superiores, auténtica estilización de la abreviatura “suscriptsit” representada en la ortografía visigoda mediante una triple S¹⁹².»

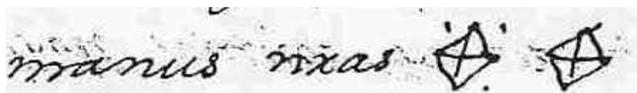


Año 860
Archivo Catedral León



Signo Gonzalo Fernández
Copia A

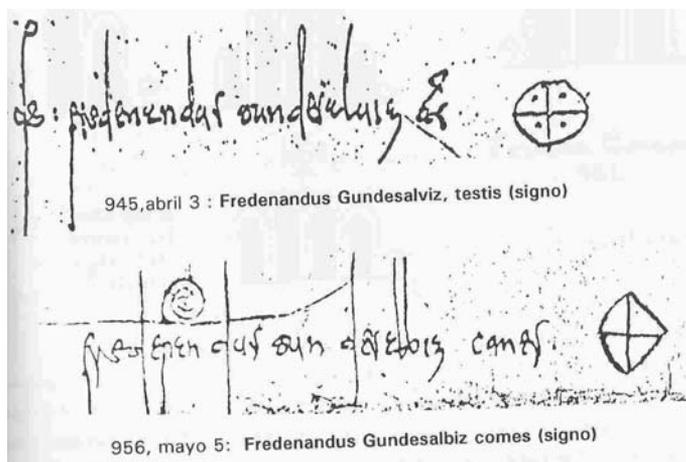
«Del conde Fernán González sabemos que a lo largo de su vida hizo novedoso uso, como signo de validación o de suscripción personal en los documentos oficiales regios, de una cruz inserta en un círculo, lo cual no quiere decir, como hemos tenido ocasión de reseñar, que nos encontremos ante un signo o firma personal y exclusivo. No obstante, sorprende comprobar la tremenda semejanza de factura del signo recogido por nuestro notario con aquel otro trazado, casi con total seguridad, por el propio conde –al igual que en el caso de la carta de Brañosera donde declarará expresamente haberlo impuesto, junto a su esposa Urraca, en el documento de “manus nostras”– en un diploma del fondo catedralicio legionense.»



Signos de los condes Fernán González y Urraca
Copia A Carta de Brañosera

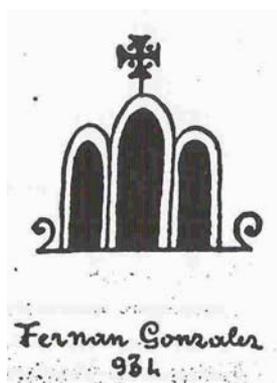
¹⁹¹ El autor de la copia B al saltarse toda una línea de lectura del documento que registraba no pudo reproducir el signo propio del conde Sancho García que, por el contrario, sí recoge el P. Liciniano Sáez.

¹⁹² María Isabel OSTOLAZA, *La validación en los documentos*, ob. cit., p. 456.



Signo del conde Fernán González
 Archivo de la Catedral de León

«Sin embargo por algunos diplomas registrados en el *Becerro Gótico de Cardena* tenemos noticia de la presunta utilización de otros signos por parte del gran conde castellano, que se semejarían más a las estructuras cuadrilongas con arquerías –eso sí, cimadas de una cruz potenziada– apreciables en buena parte de la documentación coetánea.»



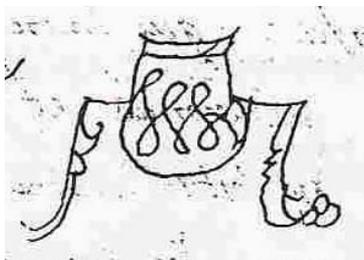
«De diseño idéntico al de Fernán González será el signo del que haga uso en nuestra carta foral el conde Sancho García, el cual, al igual que su antepasado describirá gráficamente de su propia mano tras oír la lectura de su contenido («*Et ego Sancio Garcianiz in hanc ista karta que legenter audivi et de manu mea + roboravi*»). Análogamente al anterior, guardará estrecha relación con

los signos escriturarios de validación o confirmación de los que hará uso a lo largo de su vida.»

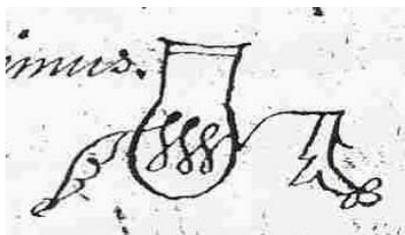


Signo del conde Sancho García
Copia A de la Carta de Brañoseira

«Nos queda por hacer una escueta referencia al último de los signos apreciables en la transcripción de nuestro diploma foral y que casualmente se ubica al final del cuerpo de escritura de los dos ejemplares que recogen la misma: una figura en forma de bolsa, en cuyo interior se aprecian, nítidamente, hasta tres “S” entrelazadas, sostenido todo el conjunto por otras dos “s” de dúplice trazado y rasgos tortuosos puestas haciendo simetría. Se trataría de un signo notarial muy al uso en el siglo X –como se puede comprobar en cierto diploma del año 920 perteneciente al fondo documental de la Catedral de León– en el que nuevamente apreciamos –aunque con una factura algo diversa– las célebres tres “S” de origen visigodo, como curiosa estilización de la abreviatura “suscriptit”.»

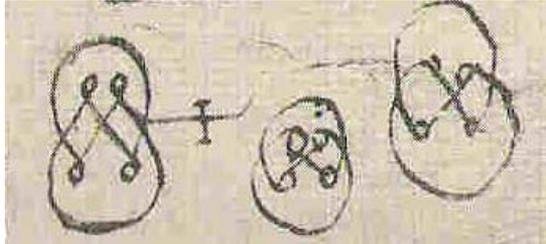


Signo notarial Copia A



Signo notarial Copia B

«Insistimos, nuevamente, en el tremendo parecido de ambos signos que abundaría aún más si cabe en la existencia de una única fuente diplomática de la que bebieron los dos copistas ilustrados.»



Año 920. Archivo de la Catedral de León

GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ

Escribanos y Secretarios en los preliminares de la edición del Quijote

A) INTRODUCCIÓN

Al abrir el Quijote, tras el título de la obra y la indicación de *Parte Primera*, el primer nombre con que se encuentra el lector es el de Juan Gallo de Andrada, «escribano de cámara del Rey nuestro señor, de los que residen en el su Consejo», el cual da fe de la tasación que el Consejo ha hecho de los ochenta y tres pliegos de esa primera parte de la obra. A continuación, el licenciado Francisco Murcia de Llana, del «Colegio de la Madre de Dios, de los Teólogos de la Universidad de Alcalá», firma el *Testimonio de las erratas* que garantiza la correspondencia del libro con el original ¹. Finalmente, la cédula que da Felipe III el 26 de septiembre de 1604, otorgando la licencia para imprimir, va

¹ Francisco Murcia de la Llana, hijo de Martín de Murcia y de María Duro de la Llana, nació en Pliego (Murcia), contrajo matrimonio con doña Clara de Ribas, fue médico y profesor de filosofía en Alcalá, y murió en 1639. En su *Bibliotheca Nova*, Nicolás Antonio se refiere a él como «professor Complutensis philosophiae atque in Collegio Theologorum sodalis edidit partim vernacule partim latine cursum ut vocant Artium integrum scilicet». Estudió y divulgó las obras de Aristóteles, o entró el mismo en cuestiones filosóficas (*Selecta circa universam Aristotelis Dialecticam...*, Alcalá, 1606; *Circa VIII libros Physicorum...*, Alcalá, 1606; *Circa libros de Anima...*, 1609; *Circa libros Aristotelis de Coelo*, 1609; *Circa libros de generatione et corruptione. Quaestiones methapsyicae ex variis locis operum P. Gabrielis Vazquez*, Madrid, 1615 *Compendio de los meteoros*, Madrid, 1615; *De Rethorica*, Madrid, 1619; tradujo la *Sumulas del Doctor Villalpando* (Madrid, 1615) o compuso obras de otro signo como las *Canciones lúgubres a la muerte de D. Christoval de Oñate*, Madrid, 1622.

En el Archivo Histórico de Protocolos de Madrid (AHPM) hay abundantes testimonios de la trayectoria y actividad profesional de Murcia de la Llana. Así en el testamento que

refrendada por el secretario Juan de Amézqueta, que habría sido presumiblemente quien la redactó. Esto por lo que concierne a la Primera Parte, publicada en 1605 y dedicada al Duque de Bejar ².

La Segunda Parte, dedicada a su vez en 1615 a don Pedro Fernández de Castro, Conde de Lemos, que había sido gentilhomme de Cámara y presidente del Consejo de Indias ³, y entonces era Virrey de Nápoles ⁴, se inicia con otro nombre, Hernando de Vallejo, escribano de Cámara, que da fe también –como

otorga el 10 de noviembre de 1639 (protocolo 6119, ff. 250-255), tras explicar su origen familiar y geográfico, se declara «vezino de esta villa de Madrid, médico y corrector general de libros por Su Magd.»; declara haber servido el oficio más de treinta años y manifiesta su deseo de ser enterrado en la Iglesia de Santa María, donde ya está sepultada su esposa. Asimismo hace constar que ha solicitado y obtenido transmitir el oficio a su hijo: «Yten declaro que yo tengo el oficio de corrector general de libros por merced de Su Magd., de que así mesmo me la a echo de darme licencia y facultad para que yo pueda nombrar para después de mis días uno de mis hijos para el servicio del, y que se le aya de despachar el título según y como le e gozado».

Su tarea como corrector de muy diversas obras, antes y después de la publicación del Quijote, puede seguirse en la *Bibliografía madrileña o descripción de las obras impresas en Madrid*, de Cristobal PÉREZ PASTOR. Lo relativo a 1604 y a 1615, años en que firma la fe de erratas de las dos partes de la novela, se encuentra en la parte segunda de esa *Bibliografía*, Analecta Ediciones, Pamplona, 2000.

² Alfonso Diego López de Zúñiga y Sotomayor, séptimo Duque de Bejar, descendiente de la casa real de Navarra y caballero de la Orden del Toisón de Oro, heredó a su padre Francisco López de Zúñiga y Sotomayor en 1601 y murió en 1619. Pedro de Espinosa le dedicó la *Primera Parte de las Flores de Poetas ilustres de España*, aparecida en Valladolid en 1605, en la que figura un soneto del contador Juan López del Valle «a la grandeza del Duque de Bejar». Cristobal de Mesa, por su parte, le dedicó en 1611 sus *Rimas*, y en 1618 su versión de *Las Églogas y Geórgicas de Virgilio*. También en la *Segunda Parte de las Rimas* de Lope de Vega hay versos dedicados al Duque en el soneto 131. Góngora, en fin, le ofrece admirativamente –¡Oh Duque esclarecido!– sus *Soledades*, con una dedicatoria que comienza así: «Pasos de un peregrino son errante/ cuantos me dictó versos dulce musa/ en soledad confusa/ perdidos unos, otros inspirados».

Los autores han solido presumir una falta de correspondencia del Duque hacia la gentileza y obsequio de Cervantes, por lo que éste ya no volvería a dedicarle ni la Segunda Parte del Quijote ni ninguna otra obra. Pero como se hace notar en la edición de Rodolfo Schevill y Adolfo Bonilla, que recoge esos datos sobre Bejar, el que Cervantes no volviera a citarle o dedicarle algo tampoco resulta concluyente de por sí, pues ni constan las desavenencias que se presumen ni tal conducta fue excepcional, habida cuenta de que lo mismo sucedió antes con Ascanio Colona, a quien Cervantes dedicó la Galatea –“Al Ilustrísimo señor Ascanio Colona, abad de Santa Sofía”–, sin que luego volviera a ocuparse de él.

³ El Conde de Lemos fue Presidente del Consejo de Indias entre 6 de abril de 1603 y 4 de diciembre de 1609 (ver su título en Archivo General de Simancas –AGS–, Quitaciones de Corte, leg. 36, ff. 645-646. También E. SCHÄFER: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, 2 vols., Sevilla 1935-1947, reimpr. 1975; en I, 352). Sustituyó a Paulo de Laguna, que pasó a ser obispo de Córdoba, y fue sustituido a su vez por Juan de Acuña, que antes había desempeñado la presidencia del Consejo de Hacienda.

Del proceso de nombramiento de Lemos como Presidente de Indias, da testimonio el cronista Luis Cabrera de Córdoba en las siguientes noticias de sus *Relaciones de las cosas sucedidas en la Corte de España desde 1599 hasta 1614* (Madrid, 1857):

Valladolid, 9 de febrero de 1602: «Hase enviado el título de visorey de Nápoles a don Francisco de Castro, a quien el Conde de Lemos, su padre, dejó nombrado para su lugar teniente, y dicen que a su hermano el conde de Lemos (quien se creyó fuera de aquel cargo) le hacen pre-

antes Gallo de Andrada— de la tasación hecha. La nueva *Fe de erratas* y la concordancia con el original está firmada por el mismo licenciado Francisco Murcia de la Llana ⁵. Siguen luego tres *Aprobaciones* de los señores del Consejo: una escueta que firma el doctor Gutierre de Cetina; otra menos formularia y más amplia del maestro José de Valdivielso, que entra a hacer algunas valoraciones de la obra, y una tercera extensa, del licenciado Márquez Torres, pródiga en elogios y que se hace ya eco del reconocimiento internacional logrado

sidente de Indias, y al que lo es darán una iglesia; aunque a otros parece que fuera muy a propósito para presidente de Hacienda, por haberlo sido otra vez y dado muy buena cuenta de ello» (p. 133).

Valladolid 23 de marzo de 1602: «Entiéndese que proveen al licenciado Laguna por presidente del Consejo de Hacienda, y la presidencia que él deja de Indias, se da al conde de Lemos» (p. 139).

Valladolid 20 de abril de 1602: «También se tiene entendido que mudarán al presidente de Indias proveyéndole para la iglesia de Osma, y que en su lugar entrará el conde de Lemos; el cual agora va sirviendo a S.M. en esta jornada hasta dejarlo en Aranjuez, de donde pasará a Denia a esperar a la Condesa su madre, cuando llegue de Nápoles, para acompañarla hasta esta Corte, y que entonces se publicará este cargo de presidente de Indias para él» (p. 140).

Valladolid 25 de enero de 1603: «Dicen que se da el obispado de Segovia que vale 25.000 ducados de renta, al Licenciado Laguna, presidente del Consejo de Indias, y que esta plaza está ya proveida en el conde de Lemos» (p. 166).

Valladolid 19 de abril de 1603: «El obispado de Córdoba se ha proveido en el licenciado Laguna, que era presidente del Consejo de Indias, y el conde de Lemos tomó la posesión de la presidencia a los 9 de este mes».

⁴ Ver nota en su título de presidente de Indias (folio 645). También R. PÉREZ-BUSTAMANTE: *El gobierno del Imperio español*, Madrid, 2000, 429.

⁵ Junto al puro ejercicio de corrector de libros, al que antes nos referimos (nota 1), Murcia de la Llana desarrolló en los años siguientes a la publicación de la segunda parte del Quijote una profusa y complementaria actividad profesional y mercantil, en la que a menudo figura su mujer. Así, entre los documentos de AHPM cabe espigar algunos registros que figuran anotados en los cinco tomos del catálogo no impreso (*Cuadernos de Alejandro Martín*) de dicho archivo. Por ejemplo, los siguientes:

Año 1616. «Francisco Murcia de la Llana (el Licenciado), médico y doña Clara de Rivas, su mujer. Obligación por compra de telas y cordones de oro y plata. 6 de junio» (protocolo 4050, ff. 211-236; *Cuadernos*, IV, p. 45).

Año 1617. «Obligación para la condesa de Puñonrostro dada por Francisco Murcia de la Llana y su mujer doña Clara de Rivas. 16 de abril» (protocolo 3690; *Cuadernos*, II, 316 vº).

Año 1620. «Poder de Alonso López de Haro, cronista de S.M. y Doña Brianda de Guzmán, al licenciado Murcia de la Llana, corrector de libros del Rey para que pueda hacer conciertos y transacciones con qualesquier personas en razón de la impresión “que al presente estoy haciendo de los títulos de España”. 16 junio» (protocolo 4234; *Cuadernos*, II, 6 vº).

Año 1622. «El licenciado Francisco Murcia de la Llana, corrector de libros por Su Magd. y su esposa Clara de Rivas. Obligación al Monasterio del Paular por compra de unas resmas de papel. 12 de febrero» (protocolo 2474, folio 158; *Cuadernos*, II, 341 vº). «Obligación del licenciado Francisco Murcia de la Llana, corrector de libros, y Doña Clara de Rivas, su mujer. 15 de febrero» (protocolo 2325; *Cuadernos*, III, 242). «Carta de pago por cobro de un sueldo como corrector de libros del Licenciado Francisco Murcia de la Llana» (protocolo 2030; *Cuadernos*, III, 36).

Año 1623. «El licenciado Francisco Murcia de la Llana, corrector de libros por S.M., cobró cinco mil quinientos reales por quenta de 13.000 reales de el Consejo de Indias» (protocolo 2331; *Cuadernos*, IV, 51).

por la primera parte de la obra ⁶. El exordio administrativo finaliza con otra cédula de Felipe III, otorgando la licencia para imprimir, suscrita y refrendada por otro secretario, esta vez Pedro de Contreras.

Juan Gallo de Andrada, pues, es el primer nombre de personaje real que aparece en el Quijote. A él, un escribano relativamente desconocido que formaba parte del *staff* administrativo de los Consejos, le cupo en suerte dar fe de la tasación de aquellos ochenta y tres pliegos que habrían de llevarle en letra impresa por todos los países y todos los tiempos. Gallo de Andrada y los demás –escribanos, secretarios y otros burócratas– que durante años de trabajo vieron y dictaminaron tantos farragosos manuscritos de arbitristas, tantos pleitos de la turba de pleiteantes que asediaban la Corte, tantos memoriales al rey anodinos y desatendidos, y tantas obras u obritas que luego cayeron en irremisible olvido, habrían de tener la mágica suerte de encontrarse un día en su mesa de trabajo, entre el aluvión de papeles, tasaciones y licencias cualesquiera, con lo que había escrito un tal Miguel de Cervantes sobre las aventuras de cierto hidalgo manchego.

¡Misterios del proceloso mundo burocrático! Pero volvamos ahora a esos personajes, que lo son por figurar donde figuran, para rescatar algunos detalles de su trayectoria administrativa. Y volvamos en concreto a los dos escribanos –Gallo de Andrada y Hernando de Vallejo– que encabezaron con sus respectivos certificados de tasación la primera y la segunda parte de la obra, y a los dos secretarios –Amézqueta y Contreras–, que refrendaron las cédulas reales de 1604 y 1615 autorizando la impresión.

B) LA APROBACIÓN DE LA PRIMERA PARTE

1. El escribano Juan Gallo de Andrada

a) *La saga familiar*

La primera parte de *El Ingenioso Hidalgo Don Quixote de la Mancha*, cuya impresión debió concluirse a fines de 1604, aparece en Madrid en 1605 editado por Juan de la Cuesta, yerno al parecer de la propietaria de la imprenta, María Rodríguez de Rivalde, y regente de ella ⁷. La tarea de Juan de la Cuesta ⁸, a su vez, hubo de ser precedida o coincidir con los trámites burocrá-

⁶ Jean CANAVAGGIO: «El licenciado Márquez Torres y su Aprobación a la Segunda Parte del Quijote: las lecturas cervantinas de unos caballeros franceses», en *Studies in honor of Bruce W. Wardroper*, Newark, 1989, 33-39.

⁷ Vid. Jaime MOLL en la edición del Quijote del Instituto Cervantes, dirigida por Francisco RICO, 2 vols., 2005; en II, 9.

⁸ En el Archivo Histórico de Protocolos de Madrid (AHPM) hemos visto varios testimonios de la actividad de este Juan de la Cuesta. Así, en el mismo año de la edición del Quijote, figura un registro de 13-IX-1605, por el que Juan de la Cuesta, impresor de libros, y su mujer María de

ticos –tasaciones, permisos, cédulas, etc.– exigidos para la edición, que aparecen fechados a fines de 1604 en Valladolid, donde la Corte se había trasladado tres años antes⁹. En 1604 habían tenido lugar Cortes en Valencia, de las que regresó el rey el mes de mayo para acudir a Valladolid, mientras en Madrid tenían lugar ese mismo año algunos acontecimientos religiosos y el incendio del Palacio del Pardo, que reseña León Pinelo¹⁰. En el año siguiente, 1605, el de la aparición del Quijote, nació en Valladolid el futuro Felipe IV.

Del panorama de los Consejos en el Valladolid de entonces dan fe dos *Relaciones* complementarias. La una se conserva en el Archivo de la Casa y Corte de Viena¹¹, y en ella se detallan los componentes del Consejo Real, que entonces presidía el Conde de Miranda, figurando entre sus componentes once relatores, y entre ellos «Gallo» y «Vallejo», nombres que debían corresponder a Juan Gallo de Andrada y a Hernando de Vallejo, firmantes, como hemos dicho, de la *Tasa* en la edición de la primera y segunda parte del Quijote. Respecto a esos relatores hay que decir que tal oficio no fue al parecer de desempeño exclusivo, sino que de ordinario se acumuló a otras tareas en el Consejo¹².

Otra descripción de los componentes del Consejo Real correspondiente a 1603 se encuentra en la *British Library*, formando parte de la *Relación de los Consejos que Su Magestad tiene en su corte de ordinario, y de que se sirve siempre*¹³. Aquí, además de los oidores, constan seis secretarios y cinco relatores.

Centrándonos en la figura de Juan Gallo de Andrada, procede recordar que el eminente cervantista Astrana Marín, en base a algunos documentos del Archivo de Protocolos de Madrid¹⁴, dio noticia de las «Capitulaciones matri-

Quiñones, compran varias resmas de papel al Monasterio de El Paular (Ver en el catálogo no impreso, *Cuadernos de Alejandro Martín*, tomo V, p. 118).

La actividad y empresa familiar de Juan de la Cuesta debió prolongarse varios años. Todavía en 1627, el 7 de junio, figura en el mismo archivo (protocolo 5362), un documento por el que «María de Quiñones, impresora de libros, vecina de Madrid, en sus casas de la calle de Atocha, mujer de Juan de la Cuesta, ausente, concierta con Fray Jerónimo de la Encarnación, provincial de la Orden del Carmen Descalzo, la impresión del libro titulado *Disputaciones...* Por no saber firmar la contratante, firmó como testigo por ella Jerónimo de Salazar y otros testigos» (*Cuadernos*, I, 335 vº; protocolo 5362).

⁹ Sobre ello, J.A. ESCUDERO: «El traslado de la Corte a Valladolid», pub. en los *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, tomo IV, 4161-4179, y reedit. en *Administración y Estado en la España Moderna*, Junta de Castilla y León, 2.ª ed., 2002, pp. 255-273.

¹⁰ *Anales de Madrid de León Pinelo. Reinado de Felipe III. Años 1598 a 1621*. Edic. y estudio crítico del manuscrito número 1255 de la Biblioteca Nacional, Madrid, 1931, pp. 65-67. Los acontecimientos religiosos fueron las revelaciones de la monja Sor María de la Cruz y la muerte del Hermano fray Francisco de Alcalá.

¹¹ Me ocupé de ella y publiqué su texto en mi trabajo «La Corte de España en Valladolid: los Consejos de la Monarquía a principios del siglo XVII», en *Administración y Estado en la España Moderna*, 483-511.

¹² S. DE DIOS: *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 329.

¹³ Sloane 3610, ff. 8 ss. La parte relativa al Consejo Real, en folio 9.

¹⁴ LUIS ASTRANA MARÍN: *Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra. Con mil documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época*, 7 vols., Edit. Reus, 1948; en V, p. 572.

moniales del licenciado Juan Gallo de Andrada, hijo de Juan Gallo de Andrada, secretario del Consejo Real, y de doña Jerónima Guedeja, su mujer, con doña María de Ibarra, hija de los señores Juan de Ibarra y doña Francisca Santotis, difuntos, vecinos que fueron de Valladolid. Madrid 4 de febrero de 1597». Y dio noticia también del testamento del mismo Juan Gallo de Andrada: «el testamento va fechado en 4 de enero de 1617 y su apertura se verificó el 25 de octubre del mismo año. Falleció en Valladolid».

En resumen, pues, según Astrana, el Juan Gallo de Andrada que efectúa la tasación de la primera parte del Quijote, habría sido hijo de un secretario del Consejo Real, llamado también Juan Gallo de Andrada; se habría casado en Madrid el 4 de febrero de 1597 con doña María de Ibarra, y habría muerto en Valladolid en 1617 (se entiende que más tarde del 4 de enero –que fue cuando hizo testamento– y antes del 25 de octubre –que fue cuando se procedió a la apertura de su última voluntad–). El conjunto de estas afirmaciones ha sido reconocido y aceptado por otros reconocidos especialistas, y entre ellos por Martín de Riquer¹⁵.

Sin embargo, según vamos a ver, las cosas no debieron ser exactamente así; el panorama es mucho más enrevesado y complejo, y la localización del Juan Gallo de Andrada cervantino resulta problemática por existir otras personas del mismo nombre. Los Gallo de Andrada fueron varios y por de pronto procede adelantar que el Juan Gallo de Andrada que contrae matrimonio en 1597 no fue el que hace testamento y muere en 1617, sino su hijo, falleciendo en esta fecha el padre, del mismo nombre, que había renunciado años atrás al oficio. Nosotros hemos rastreado esa maraña de los Gallo de Andrada, bastante espesa y confusa, en base a los fondos del Archivo General de Simancas y a los del Archivo Histórico de Protocolos de Madrid, contrastando los datos que ofrecen unos y otros documentos.

b) *Planteamiento del problema*

Los Gallo de Andrada fueron una familia de escribanos y secretarios afincados profesionalmente en el Consejo Real y en menesteres burocráticos cortesanos, y relacionados también algunos de ellos –por matrimonios o por oficios– con la villa de Simancas. En la Sección de Quitaciones de Corte del Archivo General de Simancas¹⁶, que recoge los títulos y nóminas de funcionarios de la Administración castellana en esta época, nos encontramos con tres Juan Gallo de Andrada (dos escribanos de Cámara y un tercero que será además secretario del rey y archivero de Simancas)¹⁷, junto a otro Gallo de *Andrade* (Antonio)¹⁸. Prescindiendo de este último, por la variante del nombre y del

¹⁵ «De este Juan Gallo de Andrada se sabe que se casó en 1597 y que murió en Valladolid en 1617». Notas a la edición del Quijote de Editorial Planeta, 2004.

¹⁶ Propiamente, como es sabido, Quitaciones de Corte constituye una subsección de la Sección de Escribanía Mayor de Rentas.

¹⁷ Los expedientes de los tres se encuentran en el legajo 26 de la citada Sección de Quitaciones.

¹⁸ El expediente, en leg. 8, ff. 245-271.

apellido, y centrándonos en aquellos tres, hay que decir que el primero de los escribanos Gallo de Andrada (al que para abreviar las referencias llamaremos JGA 1) fue nombrado como tal el 18 de abril de 1534, por renuncia de su padre Antón Gallo ¹⁹. El segundo (JGA 2), hijo del anterior, fue nombrado también «escribano de Cámara de los que residen en el nuestro Consejo», el 20 de enero de 1558, «en lugar y por renunciación que del dicho oficio en vos hizo, Juan Gallo de Andrada, vuestro padre, nuestro escribano de la Cámara de los que residen en el dicho nuestro Consejo» ²⁰. Y el tercero (JGA 3), fue un personaje en quien su padre había renunciado el oficio de escribano en 1599, que era alcalde del crimen en la Chancillería de Valladolid y sería nombrado luego, el 3 de julio de 1610, secretario del rey y archivero de Simancas ²¹. A ese JGA 3 hace referencia otro documento de Simancas, de 1617, y una serie de registros del Archivo de Protocolos. El documento de Simancas es el título de un tal Martín de Segura, fechado el 4 de noviembre de 1617, para servir por seis años la escribanía de Cámara por no poderlo hacer ese JGA 3. En tal título se afirma que comparece JGA 3 y da fe de que su padre (JGA 2) renunció en él el oficio en 1599: «(JGA 3), alcalde del crimen de la Audiencia y Chancillería que reside en la ciudad de Valladolid (*por el cual*) nos a sido hecha relación que Juan Gallo de Andrada, su padre, nuestro scrivano de Cámara que fue de los que ressiden en el nuestro Consejo, por una su petición y renunciación hecha en la villa de Madrid a 13 de jullio del año pasado de 1599 por ante Gerónimo de Gamboa, nuestro scrivano, renunció en él el dicho oficio».

De todos estos Gallo de Andrada (Antón y los tres Juanes), y a efectos de fijar quién es el que da fe de la tasación de la primera edición del Quijote en 1604, procede lógicamente descartar de entrada, por su propio nombre, a Antón. De este Antón Gallo de Andrada sabemos, por el testamento de su nieto JGA 2, que era natural de Quintanilla de Escalada, que había sido nombrado escribano y del Consejo por Felipe el Hermoso, y que había contraído matrimonio con una gallega llamada Beatriz de Andrada ²².

A los mismos efectos, debe ser descartado también el primer Juan Gallo de Andrada (JGA 1), escribano de Cámara que contrajo matrimonio con la vecina de Simancas Brígida López ²³. Y ello por dos razones. En primer lugar porque

¹⁹ Ff. 808-816 del citado legajo 26.

²⁰ Ff. 817-828.

²¹ El título de archivero figura en ff. 831-832, y el de secretario en ff. 833-834, del citado legajo 26.

²² El testamento de JGA 2 figura en la comparecencia de su hijo –y biznieto de Antón– a la muerte de su padre (AHPM, protocolo 3147, f. 247): «Yo Juan Gallo de Andrada, secretario del Rey Don Phelipe Tercero nuestro señor y su escrivano de Cámara de los que residen en su Consejo Supremo de Justicia, hijo de Juan Gallo de Andrada, escrivano que fue de Cámara en el dicho Consejo y de doña Brígida López, vezina de la villa de Simancas, y nieto de Antón Gallo, a quien por sus servicios el Señor Rey don Phelipe Primero hizo merced del dicho oficio y le sirvió en el dicho Consejo, natural de Quintanilla de Escalada en el valle de la onor de Sedano, y de doña Veatriz de Andrada, natural de los Puente de Eume en el reyno de Galicia...» (La cursiva es mía).

²³ Véase la nota anterior.

este escribano sirvió su oficio en la primera mitad del siglo XVI y fue reemplazado en él por su hijo en 1558. Y en segundo lugar por su propia cronología personal. Resulta desde luego prácticamente imposible que el Juan Gallo de Andrada nombrado escribano de Cámara en 1534, teniendo entonces por lo menos dieciseis o dieciocho años, sea el que aparece en la Tasa del Quijote de 1604, fecha en la que sería prácticamente nonagenario. Y mucho más imposible todavía si se tiene en cuenta que el mismo Juan Gallo de Andrada sigue firmando otras tasas como escribano en los años siguientes, como por ejemplo en una publicación que hace en 1615 Murcia de la Llana, el *Compendio de los metheoros*²⁴, cuando, de haber vivido, tendría ya cien años.

En resumen, pues, descartado el primer Juan Gallo de Andrada, nos quedamos a efectos del Quijote con los otros dos Juanes, padre e hijo: el nombrado escribano en 1558 (JGA 2) y el alcalde del crimen de la Chancillería de Valladolid (JGA 3), en quien su padre renunció el oficio de escribano en 1599.

b) *El fedatario de la tasación del Quijote*

El segundo de los Juan Gallo de Andrada fue escribano de Cámara de los que residen en el Consejo y además secretario del rey. Como escribano nos consta el nombramiento de Felipe II, fechado en Valladolid el 20 de enero de 1558 y refrendado por el secretario Juan Vázquez de Molina, haciéndole, como hemos dicho, «escribano de Cámara de los que residen en nuestro Consejo». Según señala su título de escribano, y hemos anticipado, JGA 2 era efectivamente hijo de otro escribano del mismo nombre (JGA 1)²⁵, y padre del que hemos dado en llamar JGA 3. Que JGA 2, además de escribano, era secretario de Felipe III, lo constata el título que veremos, haciéndose además eco de ello diversos documentos, entre los que cabe mencionar la declaración de un testigo en la apertura de su testamento el 31 de octubre de 1617: «dixo que este testigo se alló presente y vio que el señor Juan Gallo de Andrada, Secretario que fue de su Magestad y escrivano de Cámara, de su real y supremo Consejo, en quatro días del mes de henero próximo passado deste pressente año de mill y seiscientos y diez y ssiete... otorgó testamento»²⁶. También asegura que JGA 2 era secretario del rey, su

²⁴ *Compendio de los metheoros del príncipe de los filósofos griegos y latinos Aristóteles. En los quales se tratan curiosas y varias questiones, autorizada la verdad dellas de santos y graves autores.* Sacadas a la luz por el Licenciado Murcia de la Llana, corrector general de libros de Su Magestad. Dirigidas al señor Jorge de Tobar, del Consejo del Rey Don Felipe III, nuestro Señor y Secretario de su Patrimonio Real. Madrid, 1615, por Juan de la Cuesta.

²⁵ «Don Felipe, etc. Por hazer vien y merced a vos Juan Gallo de Andrada, acatando vuestra suficiencia y avilidad y los servicios que nos aveys hecho y esperamos que nos hareys, nuestra (*merced*) y voluntad es que agora y de aquí adelante y en toda vuestra vida seays nuestro escrivano de Cámara de los que residen en el nuestro Consejo, en lugar y por renunciación que del dicho oficio en vos hizo Juan Gallo de Andrada, vuestro padre, nuestro escrivano de Cámara de los que residen en el dicho nuestro Consejo, por quanto así nos lo suplicó (?) y pidió por merced...» (Archivo General de Simancas –AGS–, Quitaciones de Corte, leg. 26, ff. 817-822). El secretario Juan Vázquez de Molina actuó como tal hasta poco después, ya que hacia 1562 se retiró a Ubeda (J. A. ESCUDERO: *Felipe II: el rey en el despacho*, Editorial Complutense, 2002, 146-147).

²⁶ AHPM, protocolo 3147, f. 244.

hijo (JGA 3), quien además nos dice en cierta declaración de este mismo año 1617 que su padre estaba casado con doña Jerónima de Guedexa o Guedeja: «hijo legítimo que soi del señor Juan Gallo de Andrade, mi padre, secretario de Su Magd. y de la señora doña Jerónima de Guedexa, su mujer y mi madre que gloria tiene, y subcessor en su cassa y mayorazgo»²⁷.

Siendo, pues, escribano desde 1558, el 3 de julio de 1610 recibió en Aranda de Duero un doble nombramiento: el de secretario de Felipe III y el de archivero de Simancas²⁸. Su título de secretario hace una referencia general, según era uso, a «la suficiencia, abilidad, fidelidad y otras buenas partes y calidades» que concurren en él, y a «lo que nos abeis servido y esperamos nos serbireis». A su vez, el título de archivero se justifica así: «por quanto por muerte de Antonio de Ayala, nuestro secretario y archivero que fue de las nuestras escrituras reales del archivo de la fortaleza de la villa de Simancas, está vaco el dicho oficio de archivero, y conviniendo a nuestro servicio proveerle, teniendo consideración a la suficiencia, abilidad, fidelidad y otras buenas partes que concurren en vos, Juan Gallo de Andrada, nuestro secretario...», etc.

Por lo que sabemos, siendo JGA 2 secretario del rey y quedando en segundo plano su condición de archivero de las escrituras reales que se custodiaban en Simancas, vivió sus últimos años en Madrid. Así, con ocasión de su muerte se nos cuenta que JGA 2 estaba a principios de 1617 en la capital del reino, donde enfermó, otorgando entonces testamento el 4 de enero de 1617²⁹. Tendría entonces alrededor de ochenta años³⁰. Repuesto momentáneamente de esa enfermedad se trasladó a Valladolid y allí murió en octubre del mismo año 1617. El día 10 de aquel mes todavía no había fallecido, como se deduce de la declaratoria que el hijo hace en Aranda de Duero aquel día —«digo que por Juan de Toledo, dicho señor secretario Juan Gallo, mi padre, estando enfermo y en peligro de muerte, y si Nuestro señor fuese servido de llevarle desta presente vida de la enfermedad que tiene...»³¹—, pero el 19 de octubre ya se había producido el desenlace:

«El Licenciado don Francisco de Gamboa y Herraso, del Consejo... Sepan que Juan de Frechilla, Procurador desta Real Audiencia, en nombre de el señor alcalde Juan Gallo de Andrada y presentó un testamento cerrado y otorgado por el secretario Juan Gallo de Andrada, que dexa su padre. Y pidió que atento que era muerto y passado desta presente vida y que hera forçoso abrirle para enterrar su cuerpo y cumplir las mandas en él contenidas. Pidió que se recibiesse ynformación de la muerte del dicho secretario Juan Gallo e rezevida se abriessse y publicasse para el dicho effecto»³².

²⁷ AHPM, protocolo 317, f. 276.

²⁸ Como hemos dicho, figuran ambos en AGS, Quitaciones de Corte, leg. 26, ff. 831-832 (el de archivero) y 833-834 (el de secretario).

²⁹ Véase texto de la nota 22.

³⁰ Téngase en cuenta que habiendo sido nombrado escribano en 1558, no debió nacer más tarde de 1540 o 1542 (con lo que tendría al ser nombrado escribano 16 o 18 años). Si había nacido en 1540, tendría en 1617, 77 años, y 75 si había nacido en 1542.

³¹ AHPM, protocolo 317, f. 276.

³² Testimonio de ese día en AHPM, protocolo 3147, f. 243.

A tenor de este texto, en el que se da a JGA 2 por muerto pero todavía sin enterrar, cabe suponer que falleció el mismo día 19 o, a lo sumo, un día antes. Todas las instancias para la apertura del testamento las hace su hijo, JGA 3, el alcalde del crimen de la Chancillería de Valladolid. Su padre, en fin, pidió ser enterrado en la capilla de Nuestra Señora de la Encarnación, en la iglesia de San Salvador de la villa de Simancas.

Dicho esto, y pasando ahora al hijo (JGA 3), hay que señalar que éste contrajo matrimonio con doña María Ibarra en 1597, habiéndose firmado dos años antes la escritura de capitulación. En el texto del Archivo de Protocolos, el tercero de los Juan Gallo de Andrada se declara «hijo legítimo de Juan Gallo de Andrada, secretario del Consejo Real de Su Magd. y de doña Gerónima Guedeja, su legítima muger. Digo que abrá poco más de dos años se concertó que yo me desposase como me desposé...con doña María Ibarra, hija legítima de los señores Joan de Ybarra y de doña Francisca Santotis, su legítima muger, ya difuntos, becinos que fueron de la ciudad de Valladolid, y por una escritura de capitulación que cerca del dicho matrimonio se hizo en...primero día del mes de henero del año pasado de mill y quinientos y noventa y cinco». Quiere esto decir, volviendo a la afirmación de Astrana que antes citamos, que quien se casa en 1597 no es quien muere en 1617, aunque el mismo nombre dé pie al equívoco. Se trata de dos personas: el padre, JGA 2 (que es quien muere en esta fecha), y el hijo JGA 3 (que contrae matrimonio en aquélla). El que se casa es el hijo de Juan Gallo de Andrada y Jerónima Guedeja, que interviene en 1617 en la testamentaría de su padre. El que muere es el Juan Gallo de Andrada, marido de Jerónima y padre del alcalde del crimen.

* * *

Tras estas precisiones, volvamos al tema principal de quién fue el Juan Gallo de Andrada que da fe de la tasación del Quijote. Y para ello tomemos como punto de partida la renuncia del cargo de escribano hecha el 13 de julio de 1599 por JGA 2 en favor de JGA 3. A tal efecto veamos cierto documento mencionado antes, fechado en El Pardo el 4 de noviembre de 1617, por el que se otorga poder a un tal Martín de Segura para que sirva por seis años la escribanía de Cámara que el padre había cedido al hijo:

«El Rey. Por quanto por parte del licenciado Juan Gallo de Andrada, alcalde del crimen de nuestra audiencia y chancillería que reside en la ciudad de Valladolid, a sido echa relación que Juan Gallo de Andrada, su padre, nuestro scrivano de Cámara que fue de los que residen en el nuestro Consejo, por una su petición y renunciación hecha en la villa de Madrid a 13 de jullio del año pasado de 1599, por ante Gerónimo de Gamboa, nuestro scrivano, renunció en él dicho oficio, y que respeto de los negocios y ocupaciones con que de pressente se halla, no puede servirle por su persona, suplicanos que teniendo consideración a lo mucho y bien que el dicho su padre nos sirvió, fuésemos servido de que vos, Martín de Segura, nuestro scrivano y

oficial mayor que abeys sido y soys del dicho oficio, le sirvays por tiempo de seis años en conformidad de zierto nombramiento que en vos ha echo por ante Miguel de Salcedo, asimismo nuestro escrivano, o como la merced fuese.

Y nos, acatando lo susodicho y por la buena relazi3n que tenemos de vuestra perssona, lo abemos tenido por vien y por la presente es nuestra boluntad que por el dicho tiempo de seis años, que an de correr y contarse desde el día de la fecha desta nuestra cédula en adelante, sirvays el dicho oficio de scrivano de Cámara de los que residen en el dicho Consejo que assí tenía el dicho Juan Gallo de Andrada, y mandamos al pressidente y a los del dicho nuestro Consejo que rezivan de vos el juramento y solenidad acostumbrado...etc.»³³.

Como se ve, recién muerto JGA 2, el hijo (JGA 3) recuerda en noviembre de 1617 que su padre había renunciado en él la escribanía de Cámara en 1599. Ahora bien, esa renuncia –cuyo texto desconocemos– no debió querer decir que en aquel año 1599 tuviera lugar la traslación del oficio, sino que la renuncia surtiera efecto a la muerte del otorgante, pues de haber sido de otro modo y haberse transferido en 1599 el oficio, no tendría sentido que JGA 3 lo rechazara en 1617. O dicho con otras palabras, JGA 2 renunció el oficio en 1599 en favor de su hijo JGA 3 para que lo disfrutara a su muerte. Y por ello es a la muerte de JGA 2 cuando JGA 3 se plantea el problema de aceptarlo o no, solicitando, dadas sus ocupaciones, que lo desempeñe su amigo y oficial, Martín de Segura, por el tiempo de seis años. Y eso exactamente es lo que el texto concede.

El segundo Juan Gallo de Andrada no dejó, pues, de ser escribano de Cámara en 1599, sino que siguió como tal a partir de entonces. Es por ello por lo que en su propio título, fechado como dijimos el 20 de enero de 1558³⁴, se registrarán sus ingresos de escribano en los inmediatos años siguientes a aquella fecha de 1599³⁵. Pero es más, si hubiera sido el tercer Juan Gallo de Andrada el que hubiera desempeñado la escribanía a principios del siglo xvii, el problema de la transferencia del oficio al morir JGA 2 en 1617 hubiera sido anotado en su título (el de JGA 3) y no en el de su padre que ya no tendría nada que ver con él. Sin embargo es en el título del segundo Juan Gallo de Andrada donde figura esta anotación: «Falleció y en su lugar sirve este oficio Martín de Segura, por renunciación de el Licenciado Juan Gallo su hijo, por tiempo de seys años, que empezaron a 4 de noviembre de 1617...». Ello quiere decir que el titular del oficio hasta su muerte fue el segundo Juan Gallo de Andrada, y por consiguiente quien debió seguir actuando administrativamente y dando fe de la

³³ Este título, refrendado por Tomás de Angulo, se encuentra en AGS, Quitaciones de Corte, leg. 34, ff. 273-274.

³⁴ AGS, leg. 26, ff. 817-828.

³⁵ Constan en principio hasta el año 1601 inclusive, siendo ciertamente extraña la carencia de anotaciones a partir de esa fecha. Ver en el citado legajo 26, los ff. 818-822.

tasación de los libros a principios del siglo XVII³⁶, y también por consiguiente de la primera parte del Quijote en 1604.

En resumen, pues, sería el segundo Juan Gallo de Andrada el que firmó la *Tasa* del Quijote y quien hizo testamento y murió en 1617. Pero el que se casó con María Ibarra en 1597 no fue él, sino su hijo, el alcalde del crimen de la Chancillería de Valladolid.

2. El secretario Juan de Amézqueta

La estirpe de los Amézqueta tiene en la España de Felipe III tres representantes principales: el Juez Mayor de Vizcaya, Antonio de Amézqueta; el rector de la Universidad de Valladolid, Pedro de Amézqueta, y sobre todo el secretario real Juan de Amézqueta³⁷, quien en su propio testamento aparecerá como «del Consejo del Rey nuestro Señor Don Phelipe Tercero deste nombre, y su Secretario de Cámara y Estado de Castilla, señor de la casa y solar de Amézqueta y sus pertenencias»³⁸. Juan de Amézqueta fue primero regente del Consejo de Navarra, pasando en 1587 al Consejo de Castilla³⁹, para integrarse cuatro años después en el Consejo de Cámara⁴⁰. El 15 de marzo de 1600, por cédula firmada en Toledo, recibió título de secretario del rey⁴¹. Ese nombramiento, refrendado por el secretario Luis de Salazar, era como todos los de su especie de carácter genérico, y presupuesto de otros ulteriores para el desempeño de cargos concretos.

El 10 de agosto de 1602, Cabrera de Córdoba daba la siguiente noticia:

«Hase proveido a Juan Ruiz de Velasco, que fue de la Cámara de S.M. difunto, y agora era secretario de la Reina, por secretario de la Cámara en lugar de don Luis de Salazar que se retira a su casa; aunque han dividido el oficio, dando lo que llaman de Justicia a Juan de Amézqueta, secretario del conde de Miranda, y dejando a Juan Ruiz lo de Gracia y Merced; y al secreta-

³⁶ Un ejemplo de su actuación administrativa en 1616, poco antes de su muerte, puede verse en el trabajo de Ricardo GÓMEZ RIVERO: «Consejeros de Castilla de Felipe III», en AHDE LXXIV (2004), f. 105.

En cuanto a libros de cuya tasación da fe, véase la *Republica Mista* de Juan FERNÁNDEZ DE MEDRANO: publicada en Madrid en 1602. Esta obra, dirigida al Duque de Lerma, figura con una Tasa que firma «Yo, Juan Gallo de Andrada, escribano de Cámara de Su Magestad de los que residen en su Consejo».

³⁷ Sobre Antonio y Pedro, J. M. PELORSON: *Les Letrados juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'État*, Universidad de Poitiers, 1980, pp. 73, 218 y 201.

³⁸ AHPM, protocolo 2273, f. 184. Sobre el solar y la casa de Amézqueta en Guipúzcoa, vid. Carmelo de ECHEGARAY: «Inscripción de la casa Amézqueta», en la *Revista Internacional de los Estudios Vascos* (1912), pp. 139-141.

³⁹ Se le hace «del nuestro Consejo» por cédula fechada en San Lorenzo el 7 de octubre de 1587 (AGS, Quitaciones de Corte, ff. 1143-1145).

⁴⁰ Siendo «del nuestro Consejo», recibe título el 18 de abril de 1591 para que «seays uno de los del nuestro Consejo de la Cámara».

⁴¹ Figura esta cédula en AGS, Quitaciones de Corte, leg. 24, ff. 1129-1132.

rio Franqueza han dado la secretaría de la Reina, con lo que se tenía de Secretario de Estado y lo demás; el cual está apoderado de la máquina de todos los negocios importantes con el favor que le hace el duque de Lerma»⁴².

La Cámara de Castilla, o el Consejo de Cámara, era un organismo desgajado del Consejo de Castilla para entender en los asuntos de justicia y en aquellos otros –como las propuestas de nombramientos– relativos a gracia y merced. En 1588 había sido reformado y desde entonces contaba con tres secretarías: la de Cámara propiamente dicha (también llamada de Cámara y Estado de Castilla), la de Justicia y la de Patronato o Patronazgo de la Iglesia⁴³. La secretaría de Justicia fue concedida provisionalmente entonces a Juan Vázquez de Salazar, y en 1592 a su hijo Luis Vázquez de Molina y Salazar, que fue quien se retiró en 1602, dando lugar a la reestructuración comentada por Cabrera.

El cronista, sin embargo, se anticipó algo a la formalización de los cambios, que efectivamente tuvieron lugar pero un poco más tarde, el 25 de agosto, día en que Juan Ruiz de Velasco, caballero de la Orden de Santiago, recibió la Secretaría de Cámara⁴⁴ y Juan de Amézqueta la de Justicia⁴⁵. El título de éste, expedido en Valladolid, explica que habiéndose retirado a su casa Luis de Molina y Salazar, Secretario de la Cámara y Estado de Castilla, a causa de algunas indisposiciones, y en atención a la suficiencia, habilidad y fidelidad de Amézqueta, «avemos tenido y tenemos por vien de haceros merced, como por la presente os la hacemos por el tiempo que fuere nuestra voluntad del dicho oficio de nuestro Secretario de la Justicia en lugar del dicho don Luis de Molina y Salazar, porque de los otros oficios de nuestro Secretario de la Cámara y Estado de Castilla avemos hecho merced a Juan Ruiz de Velasco, nuestro secretario, por otra nuestra cédula firmada de mi mano el día de la fecha de ésta».

En 1604, pues, cuando Amézqueta prepara y refrenda la cédula de 26 de septiembre por la que Felipe III otorga licencia para imprimir el Quijote, él era titular de aquella secretaría de Justicia del Consejo de Cámara de Castilla. Al año siguiente, 1605, el de la edición de la obra, murió el 10 de junio Juan Ruiz de Velasco, y el 5 de septiembre, por cédula fechada en Lerma⁴⁶, el rey otorgó a Amézqueta la secretaría de Cámara y Estado que Ruiz de Velasco había desempeñado. El comienzo de la cédula dice así:

«El rey. Porque el oficio de mi secretario de la Cámara y Estado de mis Reynos de Castilla está vaco por fallecimiento de Juan Ruiz de Velasco, por la presente, acatando a la suficiencia, avilidad, fidelidad y partes de vos, Juan de Amézqueta, mi secretario, y lo que me abeis servido y espero me servireis, y

⁴² *Relaciones*, Madrid, 1857, f. 150.

⁴³ He estudiado esa reforma y sus consecuencias en *Felipe II*, 382 ss.

⁴⁴ AGS, Quitaciones de Corte, leg. 29.

⁴⁵ AGS, Quitaciones de Corte, leg. 24, ff. 1135-1139.

⁴⁶ AGS, Quitaciones de Corte, leg. 24, ff. 1139-1141.

entendiendo que así cumple a mi servicio, e tenido e tengo por bien haceros merced por el tiempo que fuere mi voluntad del dicho oficio de mi secretario de la Cámara y Estado de Castilla, en lugar del dicho Juan Ruiz de Velasco...»

Desde esa plataforma de la Cámara de Castilla, Amézqueta fue uno de los secretarios más significados del reinado de Felipe III, aunque con este monarca esos secretarios hubieran cedido a los validos el papel preponderante que antes disfrutaron con Felipe II. En 1607 vemos así a Amézqueta suscribir la convocatoria de Cortes, hecha el 6 de marzo, para jurar al príncipe don Felipe ⁴⁷. Al año siguiente, el 9 de septiembre, murió. En el protocolo previo a la apertura del testamento se lee que su viuda, María de Achoteguía y Olaso, «en la villa de Madrid a nueve días del mes de setiembre...de mill y seiscientos y ocho...dijo que el señor Juan de Amézqueta, Secretario de Cámara de Su Magd. a fallecido oy día a las cinco de la mañana ⁴⁸». El cronista Cabrera se hizo eco también de su muerte ⁴⁹.

C) LA APROBACIÓN DE LA SEGUNDA PARTE

1. El escribano Hernando de Vallejo

De Hernando de Vallejo sabemos que recibió su título de escribano el 9 de diciembre de 1609. En cédula de ese día, fechada en Madrid y refrendada por el secretario Jorge de Tovar Valderrama ⁵⁰, señala el rey que «nuestra merced y voluntad es que agora y de aquí adelante y en toda vuestra vida seays nuestro escrivano de Cámara de los que residen en el nuestro Consejo», en lugar y por renuncia de su padre, Alonso de Vallejo, que servía el oficio.

Hernando de Vallejo prestó juramento ante el Consejo unos días después, el 15 de diciembre, quedando desde entonces su figura muy ligada a la obra cervantina. En 1613 firma la *Tasa* de la publicación de las Novelas Ejemplares, y al año siguiente la del Viaje al Parnaso. Finalmente, el 21 de octubre de 1615, Vallejo firma la *Tasa* para la edición de la segunda parte del Quijote. Por otra parte, entre su actividad burocrática de entonces ⁵¹ es de señalar que precisa-

⁴⁷ M. DANVILA Y COLLADO: *El poder civil en España*, 6 vols., Madrid, 1885-1886; en VI, doc. 615, pp. 49-50.

⁴⁸ AHPM, protocolo 2273, f. 182. Se nombró entonces un tutor al hijo de Juan y María, Antonio de Olaso y Amézqueta (f. 285). En el protocolo 2274, ff. 37 ss, hay constancia de los bienes que dejó al morir.

⁴⁹ Da la noticia Cabrera de Córdoba desde Valladolid el 25 de septiembre de 1608: «A los 2 de este murió el cardenal Xavierre, confesor de S.M., en cinco días de enfermedad, con general sentimiento por sus muchas partes, y a los 4 del mesmo el conde de Miranda en Peñaranda, y a los 9 en Madrid su secretario Juan de Amezqueta, que lo era también del Rey y de la Cámara...» (*Relaciones*, f. 349).

⁵⁰ AGS, Quitaciones de Corte, leg. 15, ff. 539-543.

⁵¹ El manuscrito de *La Tebaida*, de Publio Papinio Estacio, traducida por Juan de Arjona, va rubricado por Vallejo en cada una de sus hojas. Véase Pere-Enric BARREDA: «Notas sobre la tradi-

mente él firmó también el 9 de noviembre de 1617 la toma de juramento de Martín de Segura por su título, que antes citamos, de escribano de Cámara en sustitución de Gallo de Andrada⁵². Cuando más tarde Hernando renunció, como había hecho su padre, según consta en nota aneja al título, el oficio fue entregado a un tal Agustín de Cañizares y Arteaga. Es de señalar además que al año siguiente de la edición de la segunda parte del Quijote, en 1616, fue nombrado consejero de Castilla otro Vallejo, Gaspar, caballero de Santiago y oriundo de Valladolid, que desempeñó su cargo en el reinado de Felipe IV⁵³.

2. El secretario Pedro de Contreras

Precediendo a dos importantes Contreras que aparecen en el Consejo de Castilla en el reinado de Felipe IV –Francisco de Contreras y Ribera, caballero de Santiago, comendador de Hinojosa, gran comendador de León y presidente del Consejo entre 1621 y 1627; y su primo Antonio de Contreras y González Bernaldo de Quirós, que actúa en el Consejo desde 1630⁵⁴– figura en el de Felipe III el secretario Pedro de Contreras, que refrendará el 30 de marzo de 1615 el *Privilegio* para la impresión de la segunda parte del Quijote.

Pedro de Contreras fue nombrado el 28 de octubre de 1587 escribano mayor de privilegios y confirmaciones; el 25 de mayo de 1591 recibió el cargo de tomar la razón de las mercedes; el 13 de noviembre de 1593 se le hizo notario mayor del reino de Granada, y el 11 de septiembre de 1596, notario mayor del reino de Castilla⁵⁵. Entrado el siglo XVII, fue nombrado secretario del rey en Valladolid el 25 de agosto de 1602, por cédula suscrita por el secretario de la Cámara, Luis Vázquez de Molina, que ese mismo año, según dijimos, hubo de retirarse⁵⁶. El nombramiento de Contreras se hizo para su entrada en el Consejo de Hacienda como secretario, de lo que se hace eco Cabrera de Córdoba en noticia de 10 de agosto de ese mismo año que figura en sus *Relaciones*:

«También han hecho secretario del Consejo de Hacienda a Pedro de Contreras y a Alonso Núñez de Valdivia, que han sido oficiales del Consejo de Cámara, porque no quisieron aceptar estos oficios los secretarios Mahiense y Aróstegui, oficiales mayores de los dos secretarios del Consejo de Estado»⁵⁷.

ción textual de la *Tebaida* de Arjona», *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos*, 8 (1995), pp. 239-263.

⁵² AGS, Quitaciones de Corte, leg. 34, f. 274 vº.

⁵³ Véanse las diversas referencias a este Vallejo en J. FAYARD: *Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)*, ed. Siglo XXI, 1982.

⁵⁴ Referencias a ellos en FAYARD: *Los miembros del Consejo de Castilla*, vid. Índice de personas.

⁵⁵ Los títulos correspondientes en AGS, Quitaciones de Corte, leg. 36, ff. 838 ss.

⁵⁶ Título de secretario del rey de Contreras, en AGS, Quitaciones de Corte, leg. 36, ff. 877-878.

⁵⁷ *Relaciones*, ff. 148-149.

Como antes sucedió en el caso de Amézqueta, Cabrera da como hecho el 10 de agosto lo que tardará unos días en formalizarse. Más tarde, en noticia de 25 de enero de 1603⁵⁸, vuelve sobre este asunto de la forma siguiente:

«En principio de este mes se publicó y ejecutó la consulta, que se andaba resolviendo muchos días había de los tribunales de las contadurías, y acrecentaron a la de Hacienda cinco ministros sobre tres que había... e hicieron dos secretarios de Hacienda llamados Pedro de Contreras y Alonso Núñez de Baldivia...».

En realidad, el ascenso había tenido lugar bastante antes: el 26 de octubre de 1602 Contreras había sido hecho en Lerma Secretario de Hacienda⁵⁹, puesto en el que trabajó doce años, al principio de forma un tanto precaria⁶⁰, con lo que adquirió notoriedad y experiencia en el manejo de los asuntos financieros. Le vemos así también como secretario de una importante Junta de Hacienda creada en 1603, compuesta de personajes muy relevantes, que se reunía en los aposentos del propio Duque de Lerma⁶¹. Tras esos doce años en la secretaría de Hacienda, el 31 de diciembre de 1614 Contreras fue nombrado secretario de Justicia de la Cámara de Castilla, por haber sido entonces promovido su titular, Jorge de Tovar Valderrama, a la secretaría de Patronazgo Real del mismo Consejo. El título de Pedro de Contreras como secretario de Justicia es de 31 de diciembre de 1614 y aparece refrendado por el secretario Tomás de Angulo⁶². Contreras se incorporaría así a la secretaría de Justicia del Consejo de Cámara en los primeros días de 1615. Tres meses después puso su firma en la licencia real para imprimir la segunda parte del Quijote.

⁵⁸ *Relaciones*, f. 164.

⁵⁹ Título en AGS, Quitaciones de Corte, leg. 36, ff. 882-886. Al parecer, al ser promovido Miguel de Ipeñarrieta, que llevaba las dos secretarías del Consejo de Hacienda, a plaza de consejero, fueron entregadas las secretarías a Pedro de Contreras y a Alonso Núñez de Valdivia (f. 887).

⁶⁰ Las bajas retribuciones de los dos secretarios, Contreras y Núñez de Valdivia, fueron corregidas y aumentadas el 1 de julio de 1604 por esta cédula dada en Valladolid, que precisamente refrenda Juan de Amézqueta: «El Rey. Presidente y los del nuestro Consejo de Hacienda y Contaduría mayor de ella. Sabed que teniendo consideración al corto salario que Pedro de Contreras y Alonso Núñez de Valdivia y Mendoza, nuestros secretarios de la hacienda, tienen con los dichos oficios y que después de las nuevas ordenanzas su ocupación y trabajo es mayor, y a la mucha satisfacción con que nos sirven en ellos, hemos tenido por bien de les hacer merced (como por la presente se la hacemos) que demás de los trescientos mil maravedís que tienen de salario, los cien mil con el título de nuestros secretarios y los doscientas mil restantes con el dicho ejercicio, tengan y gocen cada año por vía de ayuda de costa cada uno de ellos ciento cincuenta mil maravedís por tiempo de dos años...» (AGS, Quitaciones de Corte, leg. 36).

⁶¹ A. FEROS: *El Duque de Lerma. Realeza y privanza en la España de Felipe III*, Marcial Pons, 2002, pp. 319-320. Componían la Junta, con Lerma a la cabeza, el presidente del Consejo de Castilla, Conde de Miranda; el confesor real, Gerónimo Javierre; el presidente del Consejo de Hacienda, Juan de Acuña; Alonso Ramírez de Prado; Pedro Franqueza, secretario de Estado; Pedro de Ávila, mayordomo regio; Cristobal de Ipeñarrieta, consejero de Hacienda, y Melchor de Molina, fiscal del mismo Consejo de Hacienda.

⁶² AGS, Quitaciones de Corte, leg. 36, ff. 920-921.

Tras ocupar la secretaría de Justicia, y según nota que consta en su título, Contreras se hizo cargo de la más importante secretaría del Consejo de Cámara, la de Cámara y Estado de Castilla, en lugar de Tomás de Angulo que había sido exonerado de ella. Ya en el reinado de Felipe IV, en 1622, Contreras forma parte como secretario de un organismo singular, la Junta Grande de Reformatión, compuesta por el Conde Duque de Olivares, los presidentes de todos los Consejos y otros ilustres personajes, que comenzó a reunirse en el mes de agosto en palacio, en presencia del propio rey ⁶³. En junio de 1624, tal vez como consecuencia de la reestructuración y nuevo orden de esa Junta de Reformatión, que exigiría plena dedicación, la Secretaría de Justicia de la Cámara fue entregada al hijo de Pedro de Contreras, Sebastián Antonio de Contreras y Mitarte ⁶⁴, y el 3 de enero de 1627 Pedro fue nombrado consejero de Indias ⁶⁵, lo que significaba en cierto modo la culminación de su carrera administrativa:

«Don Felipe. Teniendo consideración a los muchos y particulares servicios de vos, Pedro de Contreras, caballero de la Orden de Santiago, nuestro secretario de la Cámara y Estado de Castilla, y al desvelo con que los vais continuando con tanta asistencia y cuidado en el despacho universal cerca de mi persona, y a vuestra mucha noticia...os habemos hecho merced de plaza del nuestro Consejo de las Indias y que entreis en la Junta de Guerra de ellas y en las otras juntas, de la misma forma y manera que entraron Juan de Ibarra, don Francisco Duarte y Pedro de Ledesma» ⁶⁶.

¿Por qué ese nombramiento significaba sólo *en cierto modo* la culminación de su carrera? En primer lugar, porque Pedro de Contreras murió pronto, en agosto o septiembre del mismo año 1627 ⁶⁷. Y en segundo lugar porque había accedido un año antes, en 1626, a otro oscuro pero importante oficio, el *despacho universal*, aludido en el título de consejero de Indias, el cual refiere que Contreras desempeña o ha desempeñado la secretaría de la Cámara y Estado de Castilla (según dijimos, la principal secretaría del Consejo de Cámara), pero trata también de su asistencia *en el despacho universal cerca de mi persona*. Se trataba, en concreto, de que Pedro de Contreras era o había sido el segundo titular de la recién creada Secretaría del Despacho Universal, oficio en el que

⁶³ Sobre esa Junta véase A. GONZÁLEZ PALENCIA: *Noticias de Madrid 1621-1627*, Madrid, 1942, f. 32; J. H. ELLIOTT: *El Conde-Duque de Olivares*, ed. Crítica, 1990, f. 132. Y, sobre todo, F. BALTAR: *Las Juntas de Gobierno en la Monarquía Hispánica (Siglos XVI-XVII)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 175-187.

⁶⁴ Nota en el título de secretario de Justicia de Pedro de Contreras: «Por dexación del secretario Pedro de Contreras, Su Magestad hizo merced del dicho oficio de Justicia a don Sebastián Antonio de Contreras y Mitarte, su hijo, de que se le dio cédula de Su Magestad en 21 de junio de 1624...».

⁶⁵ AGS, Quitaciones de Corte, leg. 36. Ver también SCHÄFER: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, I, f. 359.

⁶⁶ AGS, Quitaciones de Corte, leg. 36.

⁶⁷ Cfr. ELLIOTT: *El Conde-Duque de Olivares*, f. 318, y SCHÄFER: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, I, f. 359.

Lo relativo a su mayorazgo se encuentra en AHPM, protocolo 2319.

sucedió a Antonio de Aróztegui en 1623⁶⁸. La Secretaría del Despacho Universal carecía entonces de contornos institucionales precisos, pero era nada menos que el tronco del cual saldrían más tarde las Secretarías del Despacho o Ministerios.

En resumen, Pedro de Contreras, que asocia su firma a la de Felipe III en el *Privilegio* de 30 de marzo de 1615 para la edición de la segunda parte del Quijote, fue un importante secretario y consejero en el reinado de Felipe III. Como secretario se proyectó a varios frentes: Consejo de Hacienda, Consejo de Cámara, Secretaría del Despacho Universal y secretarías de importantes juntas (la de Reformación, especialmente). Como consejero ocupó unos cuantos meses plaza en el Consejo de Indias y en la más significada de las juntas de ultramar, la Junta de Guerra de Indias. Todo será nada, sin embargo, en comparación con la gloria de preparar y firmar con el rey aquella cédula de 30 de marzo de 1615 que autorizó la publicación de la fascinante segunda parte del Quijote⁶⁹.

JOSÉ ANTONIO ESCUDERO

⁶⁸ El gran teórico de la Administración de la época, Francisco Bermúdez de Pedraza, tras rememorar en su *Panegírico legal* la llegada de Felipe IV al trono y el nombramiento de Aróztegui como primer *secretario del despacho universal*, escribe: «Y en el despacho de los papeles con V.M. sucedió Pedro de Contreras, Secretario de la Cámara, caballero del hábito de Santiago, y por sus canas, virtud y vida, digno de mayores premios» (*Panegírico legal. Preeminencias de los Secretarios del Rey deducidas de ambos derechos, y precedencia de Luis Ortiz de Matienzo, Antonio Carnero y don Iñigo de Aguirre, sus Secretarios y de su Consejo en el Supremo de Italia, al Fiscal nuevamente criado en él*, Granada, 1635, f. 26).

A Pedro de Contreras como secretario del Despacho Universal, me he referido en mi libro *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, 4 vols., 2.^a edic., 1976, vol. I, pp. 255-257.

⁶⁹ Ese mismo año Contreras suscribe las cédulas que autorizan la publicación de otras dos obras: el ya citado *Compendio de los metheoros* de MURCIA DE LA LLANA; y el *Tratado de Republica y Policía christiana para Reyes de Príncipes, y para los que en el gobierno tienen sus vezes*, de Fray Juan de SANTA MARÍA.

La Justicia del Rey en la Nueva España. Algunos Aspectos. Siglos XVI-XVIII

Nota preliminar

El presente trabajo forma parte de un amplio proyecto centrado sobre la administración de justicia en la Nueva España durante los siglos XVI al XVIII. Iniciado en México en 1991 (UNAM y AHNM), fue continuado en California (Berkeley) en 1995 y después en Sevilla. Diversos afanes más o menos perentorios han permitido que, de lo ya hecho, sólo haya publicado varios artículos. La gran mayoría de lo realizado y, desde luego, lo que queda por realizar permanece inédito. El presente estudio sólo es el adelanto de ciertos puntos que considero pueden ser de interés para quien quiera leerlos. Metodológicamente he procurado dejar hablar a los documentos y a la doctrina contemporánea, procurando en ningún caso forzar su contenido. El resto lo constituye una bibliografía no completa y mis propias apreciaciones siempre tributarias de las fuentes.

1. APRECIACIONES SOBRE EL ANTIGUO RÉGIMEN Y EL REFORMISMO ILUSTRADO

He dicho en otra ocasión que como otros aspectos de la general administración de las Indias, la correspondiente a la administración de justicia arrastró vicios que no se logró eliminar durante todo el tiempo de la presencia española en estos territorios. En un ambiente favorable para su persistencia, muchos de ellos se resistieron tenazmente a desaparecer, hasta el punto de hacerse su presencia consustancial con la administración de justicia misma.

El que estos defectos se mantuvieran durante tanto tiempo sólo se debía a que o bien nunca existió una verdadera voluntad de hacerlos desaparecer, o bien existiendo ésta las posibilidades de lograrlo fueron escasas. Me inclino por esta segunda opción, sin que ello signifique privar de toda virtualidad a la primera. En tal caso habrá que convenir que la calcárea adherencia de tales vicios a la administración judicial y al estilo de los tribunales eran prácticamente inevitables si se quería mantener el sistema político en su conjunto. Digamos que el interés del Estado hacía necesario el mantenimiento de una política jurisdiccional de estas características, aún a costa de pagar por ello una alta cuota de desgaste y de desprestigio para la propia realeza¹.

No podemos olvidar que esa «política jurisdiccional» o ese «gobierno de la justicia» tenía como fundamento la noción de *justicia conmutativa* elaborada por la Escolástica primero y continuada por la escuela de Salamanca después. Y lo verdaderamente importante era, como ha apuntado Garriga², que la garantía última de esa justicia, especialmente la que se generaba en el nivel superior de las Audiencias y Chancillerías, residía en la conciencia del rey, la cual materializaban de forma colegiada los oidores³.

Es por ello que mientras duró el sistema político conocido como Antiguo Régimen pocas cosas podían hacerse para cambiar ese régimen de cosas. Ni siquiera en el siglo XVIII, en que el *reformismo*, o mas bien el *projectismo*, parecen constituir la nervadura misma de la acción del Estado. No se plantean entre los siglos XVI y XVIII cambios verdaderamente significativos ante un estado de cosas que, cuando menos, originaba turbación e inquietud no sólo entre las autoridades jurisdiccionales indianas, sino también entre quienes integra-

¹ Véase esto mismo en José M.^a GARCÍA MARÍN: «Quebras en la administración de justicia novohispana del s. XVIII», en *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 25, Sevilla, 1998, pp. 249 y 250. También «Corrupción, politización y pleiteísmo en la administración de justicia de la Nueva España a fines del XVIII», en *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*, vol. I, pp. 725 y 726. Ver M.^a Paz ALONSO y ROMERO: *El proceso penal en Castilla (ss. XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982, muy especialmente p. 161: «... si el rey en el plano normativo no ejercita apenas dominio en la materia procesal penal, ¿cómo se manifiesta este inexcusable poderío de la realeza en una institución tan íntimamente ligada a los intereses políticos –y económicos, no olvidemos esta importante función del proceso como fuente de considerables recursos para la Hacienda real– del monarca como es el proceso penal? A través del control del sistema de administración de justicia, de los órganos encargados de ella... Asegurando el control del mecanismo judicial, el rey se asegura indirectamente el control del proceso. Por eso la evolución de éste, aún sin su intervención directa, va en la línea que interesa a la monarquía, la eficacia en la represión». Debo decir que el presente trabajo está realizado sobre el soporte material del segundo de los trabajos citados, que ha de ser considerado como un anticipo o primera versión de éste.

² Carlos GARRIGA: Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias, en «*Derecho y administración pública en las Indias Hispánicas*,» vol. I, pp. 781-821.

³ Carlos GARRIGA: *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525)*, Madrid, 1994, ver pp. 385-390: «el secreto coronaba... la concepción vigente de la justicia superior y daba sentido al aislamiento de los jueces y la colegialidad de sus decisiones sobre los que se alzaba. la justicia regia... debía ser producto de la concurrencia espontánea de los pareceres emitidos en conciencia por quienes la representaban como jueces, que así descargaban la conciencia del rey».

ban el gobierno central de la Monarquía, sencillamente porque no podían abor- darse por las instancias decisorias. Otra cosa podía suponer ni más ni menos que dar al traste con aspectos considerados consustanciales al sistema.

Por otra parte, conviene tener presente que el siglo XVIII y con él la ideolo- gía ilustrada, con independencia de los indudables logros que hay que atribuir- le⁴, también tuvo no poco de retórica e incluso de tónica más o menos convin- cente⁵, cuando no se vio inmersa en flagrantes contradicciones⁶, como veremos. Hace ya bastantes años que Antonio Mestre ha explicado esto con palabras que nos parecen convincentes: «Hemos hablado de una Ilustración y de una realidad intelectual que no siempre coincidieron. Y no puede sorpren- dernos. Dicho de otro modo, una cosa es el despotismo ilustrado con una serie de intereses políticos evidentes y otra, muy distinta, el planteamiento reformista de los ilustrados. En determinados momentos, los puntos de vista y los crite- rios de acción coincidieron. El equipo gubernamental apoyó entonces las reformas programadas por los ilustrados. Pero, cuando sus puntos de vista dis- crepan –lo que ocurrió con relativa frecuencia– los gobiernos españoles del XVIII rechazan los proyectos más urgentes o los programas más lúcidos»⁷. De manera harto expresiva otro autor ha expuesto que a partir de la segunda mitad del siglo XVIII «más que de reformas, lo que proliferaron fueron proyectos; frustrados en buena parte. La innegable capacidad de los ilustrados para diag- nosticar los males del país... no condujo más que a reformar parciales o par- cheos»⁸.

Esto es en buena medida lo que viene a suceder con no pocos de los esfuer- zos promovidos por la mentalidad ilustrada del siglo XVIII respecto a la que aparecía como urgente reforma de la administración, en nuestro caso de la administración judicial en América. La vigencia entonces de principios admiti- dos sin discusión como el centralismo y, en general, la insoslayable racionaliz- cación del poder, sólo lograron imponerse bastante moderada si se toma en

⁴ Véase Benjamín GONZÁLEZ ALONSO: «Sobre el Antiguo Régimen y la Revolución libe- ral», en *Estat, Pret i Societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Joseph M. Gay Escoda*, Barcelo- na, 1996, pp. 715-730.

⁵ FRANCISCO PACHECO CABALLERO: «Retórica, tónica y legislación en el s. XVIII», en *Dret y Societat...*, pp. 479-503.

⁶ Véase Carlos GARRIGA: *Los límites del reformismo borbónico*, p. 786.

⁷ ANTONIO MESTRE: *Despotismo e ilustración en España*, Barcelona, 1976, p. 8. En p. 9 añade: «La reforma oficial tenía que pasar por la Corte... Era la ilustración oficial. Cuantos no aceptaban esos criterios quedaban marginados y no recibían el apoyo gubernamental». El mismo autor en «La imagen de España en el s. XVIII: apologistas, críticos y detractores», en *Actas del Simposio sobre posibilidades y límites de una historiografía nacional*, Madrid, 1984, p. 283 reco- noce que los ilustrados apoyaron aquellos proyectos de los intelectuales reformadores cuando les interesaban y no en caso contrario. Por eso mismo indica que «hay que distinguir entre Ilustración y despotismo ilustrado. Una cosa es el gobierno, que con ideas ilustradas está actuando en políti- ca, y otra cosa es el teórico que está elaborando y estructurando el mundo de las ideas... una cosa es la realidad ante la que hay que decidirse y actuar de una forma inmediata y tomar posiciones políticas y otra completamente distinta son las elucubraciones teóricas del ilustrado».

⁸ M. HERNÁNDEZ BENÍTEZ: «Carlos III: un mito progresista», en *Carlos III, Madrid y la Ilustración*, Madrid, 1988, p. 8.

consideración las esperanzas puestas en ellos. Muchas de las medidas que significaban un verdadero cambio en la situación existente tropezaron con el muro que se interponía entre la mentalidad proyectista y reformadora de algunos gobernantes ilustrados y la distante y variada realidad indiana. Ello trajo como consecuencia inevitable que muchos de los logros previstos o bien quedasen en mitad del camino o, simplemente, lograsen su aplicación a destiempo y en condiciones poco ventajosas. En 1793 Peñalosa y Zúñiga puso en evidencia con palabras serenas y llenas de sentido algo que se venía manifestando desde hacía varias décadas. Se trata de la distancia que separaba el loable deseo de los proyectistas y la tozuda realidad a la que diariamente se veían enfrentados los gobernantes: *Mientras aquellos «presentan reglas inflexibles, deducen principios generales, no hay obstáculo que detenga la corriente de su juicio y de su pluma; pero los Jefes del gobierno siempre esclavos de las circunstancias imperiosas, se ven forzados las más de las veces, aun proponiéndose el sistema más perfecto, a pasar de una excepción a otra en el curso de la administración»*⁹.

En cierto modo algo de esto sucedió con las reformas de las intendencias acometidas en la segunda mitad del siglo XVIII. Su puesta en práctica, auspiciada por el acreditado reformista José de Gálvez, obedecía a la imperiosa necesidad de transformar en realidad tan esperados como ambiciosos proyectos: aumentar el control, tanto administrativo como militar, de la metrópoli en los territorios ultramarinos, potenciar la economía y favorecer los intercambios ante la competencia extranjera, etc.¹⁰. Sin embargo, como ha expuesto Navarro García, muchas de las reformas debidas a Gálvez, entre ellas la reforma de las intendencias, hubieron de sufrir la crítica de los gobernantes y no sólo de ellos tras la muerte de aquél. Entre los que más se oponían a tales medidas estaban también, lógicamente, quienes mayores esperanzas habían depositado en las expectativas que las citadas reformas abrían ante ellos. Me refiero a los criollos, los miembros de la élite social mexicana, descontentos al haber sido desplazados estratégicamente de los puestos de máxima responsabilidad (no sólo intendencias, sino también audiencias) por elementos, considerados por el poder central políticamente más seguros, traídos a propósito de la Península¹¹.

Pero además conviene no pasar por alto otra circunstancia no menos relevante. Para todos los que estaban en situación de poder cambiar las cosas el cumplimiento del derecho –un derecho que seguía siendo de tradición medie-

⁹ Tomo el dato de Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992, p. 226. Véase también pp. 220 y 227.

¹⁰ Véase Luis NAVARRO GARCÍA: *Hispanoamérica en el s. XVIII*, Sevilla, 1991, especialmente pp. 53, 54 y 153 ss.

¹¹ Luis NAVARRO GARCÍA: *Intendencias en Indias*, Sevilla, 1959, p. 115. También Rafael D. GARCÍA PÉREZ: *Reforma y resistencia. Manuel de Flon y la intendencia de Puebla*, México, 2000, pp. 1-5. John LYNCH: *América latina entre colonia y nación*, Barcelona, 2001, pp. 128-129: «La rivalidad entre los criollos y los peninsulares era un hecho de la vida colonial... los criollos se habían convertido en élites poderosas de terratenientes, funcionarios y miembros del cabildo... La nueva oleada de peninsulares que llegaron después de 1760 invadieron el espacio político de los criollos... La política de los Borbones tardíos consistió en aumentar el poder del

val, no lo olvidemos— constituía un imperativo de acción. Y si la ley era la máxima expresión de ese derecho —dejando a un lado, por ahora, el valor que realmente tuvieron otras fuentes jurídicas en la configuración del derecho indiano—, y si ese ordenamiento jurídico se estimaba justo por definición y por su esencia, esa ley debía ser cumplida sin más trámite ni vacilación.¹²

Lo cierto es que tanto el derecho, entendido como conjunto normativo, como la frondosa doctrina jurídica de la época —herederos uno y otra al fin y al cabo de la tradición medieval— competían entre sí en exhibir aparatosas declaraciones sobre el valor legitimador de la justicia y su consideración como pieza clave de la función real, que es lo mismo que decir del Estado¹³. Pero esto era una cosa y otra muy diferente era la justicia que al soberano le interesaba realmente aplicar. O, dicho de otra manera, si lo que al rey absoluto —doctrinalmente absoluto o realmente absoluto— le interesaba era que su derecho se aplicara, precisamente por ser suyo, esto era con independencia de una más o menos idílica evocación a esa abstracción conceptual que, en último término, es la justicia.

Esto último nos lleva inevitablemente a reconocer que derecho y justicia no tenían por qué ser considerados necesariamente como dos caras de la misma moneda. Algo que resulta fácil de entender si partimos de la base de que mientras la justicia era ante todo una noción ideal o una concepción utópica más o menos anclada en la conciencia de los súbditos, el derecho, en cambio, era un macizo de reglas y preceptos objetivamente presente ante todos y que a todos obligaba aunque fuera en diferente medida. No en vano el derecho estaba destinado a servir los intereses del Estado, o del monarca que en el período que analizamos venían a ser una misma cosa. Lo cierto es que el gobernante absoluto de los siglos XVI al XVIII se identificaba con ese Estado que, por cierto, también era una creación suya. Además él era quien creaba las leyes que habían de regir en ese Estado y, lógicamente, quien las aplicaba a través de sus propios jueces, quienes para este cometido contaban con una delegación expresa del soberano. Desde este punto de vista, no cabe duda de que resultaba más fácil imponer la aplicación de un conjunto de normas que dar en la diana de los sentimientos de los súbditos, es decir, de aquello que subjetivamente éstos últimos entendían que era lo justo.

Pérez Prendes estableció en su día una inteligente distinción respecto a lo que en la Edad Media debía entenderse por aplicación de la justicia cuya

Estado y aplicar a América un control imperial y estrecho». Y en p. 88: «La participación de los americanos en el gobierno colonial quedó ahora reducida, ya que el gobierno español de 1750 comenzó a restringir la venta de puestos, a reducir el nombramiento de criollos en la Iglesia y el Estado y a cortar los lazos entre los burócratas y las familias locales. A partir de 1764, unos oficiales nuevos, los intendentes, empezaron a sustituir a los corregidores y se hizo prácticamente imposible que un criollo recibiera un nombramiento permanente como intendente».

¹² Véase Carlos GARRIGA: *Los límites del reformismo borbónico*, especialmente pp. 790, 798, 799 y 807.

¹³ La bibliografía existente sobre el particular es muy extensa. Me limitaré a citar el ya clásico estudio de Antonio MARONGIU: «Un momento típico de la monarquía medieval: el rey juez», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXII, Madrid, 1953, pp. 677-715.

vigencia se prolongó a los siglos modernos. Se trataba de separar las dos formas en que esa aplicación de la justicia se presentaba en el diario quehacer del soberano y de sus jueces. Por una parte, estaba lo que denomina *fazer justicia de fecho* y, por otra, *fazer justicia juzgando*¹⁴. Lo que no quiere decir otra cosa que la fundamentación o la legitimación del Estado no se realizaba exclusivamente a través de la actividad de los jueces. Lo que sucedía era que la amplitud conceptual y el valor preeminente de la justicia llevó a esta última a englobar durante mucho tiempo lo que hoy llamaríamos actividad puramente gubernativa¹⁵.

Lo interesante a destacar es que esa dualidad en el entendimiento de la justicia tiene, en cierto modo, un valor, podríamos decir, casi intemporal. Como ha señalado con indudable perspicacia Alejandro Nieto, «el Estado puede hacer muchas cosas que únicamente se legitiman si se realizan con justicia». Lo que sucede es que, como también ha expresado el mismo autor en términos que no repugnan ser transferidos al período que ahora tratamos, «el Estado se ha retirado de la Justicia para consagrarse al Derecho entendido como normas legales... El compromiso político no es ya realizar la justicia evanescente sino aplicar el Derecho, cumplir las leyes...».¹⁶

El reformismo del XVIII poco o ningún cambio efectivo supuso al estado de cosas de los dos siglos anteriores en lo que a la administración de justicia se refiere. ¿Quiere esto decir que en este aspecto trascendental ese ideal reformista sólo se concibió en el plano teórico sin que tuviese una verdadera plasmación en la práctica? ¿Ha de pensarse que, conocidos los múltiples errores y vicios que entorpecían y envilecían la administración de justicia en la Península y, más aún, en América, la ideología reformista, que tan saludables resultados estaba dando en otros campos del gobierno, sufrió de parálisis ante la envergadura y la urgencia que los cambios requerían en materia de administración judicial? He anotado un poco más arriba que sí existió por parte del poder central una verdadera voluntad de cambiar las cosas, pero lo que en realidad faltó fue la viabilidad de llevarla a la práctica.

Como ha señalado acertadamente Garriga, «eso que llamamos *gobierno* es en las sociedades del Antiguo Régimen un proceso altamente aleatorio». Y lo es a su juicio por diversas razones. Por las dificultades, a veces extremas, que encerraba la práctica de unas reformas en cuya ejecución habían de confluir tan diversos elementos como, dentro de la maraña institucional instalada en el poder central, tenían competencia en el asunto. Por la diversidad de pareceres existentes entre quienes por estar cerca del rey podían influir decisivamente en

¹⁴ José Manuel PÉREZ PRENDES: «*Fazer justicia*. Notas sobre actuación gubernativa medieval», en *Moneda y Crédito*, 129, Madrid, 1974, pp. 17-90.

¹⁵ Me limitaré a citar aquí sobre este extremo a Alfonso GARCÍA GALLO: «Cuestiones y problemas de la Historia de la Administración española», en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1970, pp. 39-59. También «La división de las competencias administrativas en la Edad Moderna», en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, pp. 289-306.

¹⁶ Alejandro NIETO: *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, 2002, pp. 25, 34 y 35.

sus decisiones, a veces de forma contradictoria. Finalmente, porque la propia realidad indiana, variable siempre y contradictoria en muchos casos, originó frecuentes –y a veces saludables– desajustes entre el momento de creación de las normas y el de su ejecución¹⁷. Se trataba de un desajuste en cierta forma conocido en la Península en relación con los reinos orientales, así como respecto de los territorios italianos, pero al que la tan *peculiar* realidad indiana dio no sólo un vigor especial, sino también carta de naturaleza propia. Esto último originaría un fenómeno un tanto insólito en el seno de una monarquía autoritaria, como la de los siglos XVI y XVII, o plenamente absolutista como la del XVIII: el de una más que relativa descentralización, administrativa y judicial, generadora esta última de un peculiar *estilo de los tribunales* americanos¹⁸.

2. **HARTO BIEN ORDENADAS ESTÁN LAS COSAS EN ESTE REINO POR CÉDULAS Y PROVISIONES, SI SE GUARDASEN**

Como tendremos oportunidad de comprobar más adelante, en no pocas ocasiones los visitadores generales se muestran sorprendidos ante el escaso o nulo eco que muchas cédulas y provisiones reales tenían en la Nueva España. Lo que inevitablemente daba lugar a un rosario de protestas ante la corona por lo que consideraban un injustificado desacato a la autoridad del soberano. Aunque tales protestas tenían por objeto problemas de la más variada naturaleza, llama la atención la forma reiterada con que algunos de estos conflictos suscitaban las enérgicas reacciones de los visitadores. Un ejemplo elocuente es en 1563 el del visitador Valderrama, al que habremos de aludir más de una vez. Denuncia el visitador no sin alarma el notable descuido que tanto las autoridades superiores, virreyes y oidores, como los corregidores y alcaldes mayores de los pueblos muestran a la hora de observar las normas. Y no se refiere sólo a aquellas promulgadas para alcanzar una buena administración de justicia, sino también aquellas otras encaminadas a lograr el buen gobierno y administración de la hacienda. Tras solicitar del soberano manos libres para hacer su trabajo, deja constancia de un hecho que ya a mediados del siglo XVI se presentaba como incontrovertible. Y es que «harto bien ordenadas están las cosas de este

¹⁷ Carlos GARRIGA: *Los límites*, pp. 784-786.

¹⁸ Véase Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *La ley en América hispana del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, 1992, pp. 32, 57-61, 67 ss., 173 ss. y 235 ss. En p. 241, y a propósito de las dificultades que, precisamente por las singulares situaciones que se daban en las Indias, originó la aplicación de la Recopilación de 1680, declara que el «meollo de la cuestión era el conflicto entre las leyes nuevas y la práctica observada en los tribunales y en el gobierno». Así se explica que en la propia Recopilación de 1680 en II.II.1 se prevé que «los Virreyes, Presidentes, Audiencias, Gobernadores y Alcaldes Mayores nos den aviso e informen por el Consejo de Indias, con los motivos y razones... para que, reconocidos, se tome la resolución que más convenga y se añadan por cuaderno aparte». Véase el mismo autor en p. 240. Cfr. en general para lo que ahora interesa Demetrio RAMOS PÉREZ: «La tradición castellana en el primer intento modelador de los reinos indianos y su frustración», en *Actas del III Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 1973*.

reino por cédulas y provisiones, si se guardasen»¹⁹. De forma parecida se expresará el indignado obispo-visitador Palafox, a la vista de ciertos desórdenes originados por algunos virreyes novohispanos en lo que considera como un claro abuso de su autoridad. En carta al monarca de 1641 dirá de forma tan escueta como persuasiva que «las Cédulas de VMd. todo lo previenen, pero no hay quien las pueda executar»²⁰.

Tampoco podemos olvidar un factor psicológico de gran relevancia en este asunto. Se trataba de que el español, o el castellano y en especial el oficial público al que se le había encomendado una función de gobierno o justicia en América, acudía al Nuevo Mundo imbuido de un universo de ideas en el que el factor jurídico y el elemento «providencialista» (sobre todo de los primeros tiempos) jugaban un papel fundamental.

Resulta obligado destacar que ese funcionario castellano, a mayor abundamiento pagado por el rey y, por lo tanto, servidor de sus intereses, se transformará en elemento primordial dentro de la enorme y novedosa tarea de «normalización» política, administrativa y judicial de los nuevos espacios incorporados a la Monarquía liderada por Castilla²¹. Se trataba de un funcionario dotado de una tipología propia, cuyas directrices habían sido ya establecidas en sus líneas fundamentales por el propio derecho castellano bajomedieval²². Acudía a su nuevo destino provisto de unos conocimientos jurídicos cuya base fundamental venía constituida por el *ius commune*, un derecho de carácter totalizador y universalista, en cuyos fundamentos de justicia y sobre cuya capacidad operativa como instrumento de poder y de dominación creía firmemente. Bien pronto los hechos pondrían de manifiesto que en parte tal convicción carecía de una base sólida. A pesar de ello, en última instancia se trataba de «su derecho», es decir, un conjunto normativo propio que, además, hundía sus raíces en el viejo y todavía sacralizado derecho de la Roma imperial. Por otra parte, ese derecho mantenía su enorme potencialidad revitalizado a diario tanto por eficaces mecanismos de creación jurídica, como por una abundante y prolífica doctrina teológico-moral y jurídica puesta a su servicio, ambos y por igual genuinamente castellanos.

La concepción descaradamente voluntarista de las pragmáticas regias decretada por el soberano y estimulada por elementos relevantes de la Segunda Escolástica salmantina nutrió y estimuló la ideología que habría de servir de principal arma ofensiva del ministerialismo monárquico. Pertrechados con tan

¹⁹ Carta del Licenciado Valderrama a Su Majestad. En SCHOLÉS, F. V., y ADAMS, E. B.: *Documentos para la historia del México colonial*, tomo VII, «Cartas del licenciado Jerónimo Valderrama y otros documentos sobre su visita al gobierno de Nueva España, 1563-1565», México, 1961, núm. 8, p. 41.

²⁰ *Archivo General de Indias*, México, legajo 600, fol. 2 vto.

²¹ J. H. ELLIOTT: «España y su imperio en los ss. XVI y XVII», en *España y su mundo 1500-1700*, Madrid, 1990, p. 34: «Hasta ese momento ninguna sociedad europea se había enfrentado a una tarea administrativa de tal magnitud y complejidad».

²² Cfr. José M.^a GARCÍA MARÍN: «La burocracia de Carlos V», en *Actas del V centenario de Carlos V y Felipe II*, vol. II, Granada, 2001, pp. 275-291.

eficaz instrumento de poder, los ministros y burócratas se desplegaron de forma tan temprana como profusa por el complejo escenario monárquico-castellano. Su implantación dentro del entramado de Estados y territorios que componían la llamada Monarquía Católica ideada desde Castilla corrió, sin embargo, distinta suerte según los momentos y los territorios²³.

Con independencia del destino que habría de esperar a los naturales de los nuevos territorios incorporados a la Monarquía y al que habremos de referirnos muy especialmente, no debe olvidarse esta otra circunstancia: la repercusión que en el orden institucional tuvo ese proceso de castellanización entre los primeros conquistadores y colonizadores españoles. Era lógico, puesto que estos últimos consideraban la incorporación y posterior colonización de los nuevos territorios como un mérito propio y, en consecuencia, generador de indisputables derechos individuales. Es por ello que, amparados en argumentos jurídicos que derivaban de las capitulaciones previamente concertadas con la corona, constituyeron desde los primeros momentos un elemento de distorsión y de freno al proceso de normalización institucional decretado desde la metrópoli. Algún autor ha dicho, y con fundamento, que «América tuvo que ser reconquistada, cuando apenas había sido descubierta»²⁴. El ministerialismo castellano, con sus estrictas exigencias jurídicas e institucionales, no tuvo, pues, más remedio que enfrentarse al individualismo de aquellos españoles. Tuvo que hacerlo porque frente a los intereses políticos de la corona se interponían, conformando una suerte de contrapoder regional, los intereses privados de éstos y de sus descendientes. Puede decirse que ésta fue la primera tarea que los agentes del rey, revestidos de una potestad y una jurisdicción que les había sido delegada expresamente por el monarca, hubieron de acometer de forma prioritaria. No hacerlo podría haber significado dar al traste con los ingentes planes de conquista, colonización y evangelización previstos y minuciosamente trazados desde el poder central²⁵.

3. LLEGADOS LOS ESPAÑOLES, CESÓ EL IMPERIO DE LOS MEXICANOS Y COMENÇÓ EL DE ESPAÑA

Así pues, pertrechados con este bagaje jurídico e ideológico, y dejando a un lado, por ahora, el factor religioso y evangelizador, tan decisivo como lo anterior²⁶, el funcionario español, el virrey, gobernador, corregidor, alcalde

²³ Véase José M.^a GARCÍA MARÍN: *La Monarquía de España y las Leyes Fundamentales del reino de Nápoles*, discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2002, p. 12.

²⁴ José M.^a OTS CAPDEQUÍ: *El Estado español en las Indias*, Buenos Aires-México, 1965, p. 45.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Véase para esto, entre otros estudios, Paulino CASTAÑEDA: *Las doctrinas sobre la auto-
ridad en los teólogos-juristas del Siglo de Oro español y su aplicación en América*, en «Estudios
homenaje a Menéndez Pidal» en la *Revista de la Universidad de Madrid*, Madrid 1969, núm. 69,
vol. II, pp. 67 ss.

mayor u oidor acometerán la desmesurada tarea de transformar, en la medida de lo posible, los nuevos dominios según el modelo de Castilla. Fray Bernardino de Sahagún lo expresaba de forma tan concisa como inapelable:

«Llegados los españoles, cesó el imperio de los mexicanos y comenzó el de España»²⁷.

En suma, como ha declarado Elliott, «fueron estos letrados al servicio del gobierno los que realmente mantuvieron unida la monarquía española», entre otras razones de peso porque todos ellos «tenían un acentuado sentido de la autoridad real»²⁸. Pero no era sólo eso, con ser algo muy importante, también ha de tenerse en cuenta que, además, operaba como acicate psicológico y espiritual esa visión providencialista que inundaba de trascendentalismo utópico su misión y su destino como pueblo²⁹. Puede decirse que el descubrimiento de América sirvió de punto de encuentro entre los debates intelectuales, en los que, desde hacía tiempo, estaba enfrascada la Universidad española y los hechos concretos y multiformes que la nueva realidad americana ofrecía a todos se presentaban como una ocasión única y llena de oportunidades³⁰.

Hace años, y con referencia al sistema represivo francés en los últimos años del Antiguo Régimen, Bernard Schnapper puso de relieve las perniciosas consecuencias de todo orden que un sistema penal anclado en postulados anacrónicos puede ocasionar en los administrados. Sobre todo porque tales postulados suelen estar firmemente arraigados en la conciencia de los jueces; es decir, unos personajes a los que determinadas prerrogativas anejas al cargo hacen poco menos que omnipotentes. Lo cierto es que tanto en Francia como coetáneamente en Castilla y en sus Indias esos principios favorecían la aparición de errores judiciales y de excesos de difícil erradicación. Unos y otros, desplegados en una amplísima gama, golpeaban de forma continua y lacerante

²⁷ Fray Bernardino de SAHAGÚN: *Historia general de las cosas de la Nueva España*, vol. II, Madrid, 2001, p. 634. Como ya indicara hace años Ernesto SCHÄFER: *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, vol. II: «La labor del Consejo de Indias en la administración colonial», Salamanca, 2003, p. 21, en realidad la delimitación de lo que constituía la Nueva España, o de ésta y sus provincias, no quedó suficientemente claro ante el propio Consejo de Indias hasta casi fines del siglo XVI. Al menos la segunda Instrucción mayor dada al virrey don Antonio de Mendoza el 14 de julio de 1536, y uno de cuyos puntos fundamentales fue precisamente el de la administración de justicia, no contiene elementos suficientes para que el máximo organismo para los asuntos americanos tuviese una idea completa y acabada sobre los límites del territorio que se llamaba de la Nueva España. Como indica el citado autor, «aún pasó mucho tiempo hasta que no sólo la extensión del virreinato de la Nueva España, sino también los poderes del virrey, muy diferentes en las distintas provincias pertenecientes a este país, quedaron definidos. No antes del octavo decenio del siglo XVI, cuando Juan López de Velasco escribió su *Geografía de las Indias*, estaba fijado lo uno y lo otro».

²⁸ J. H. ELLIOTT: *España y su imperio*, pp. 38 y 39.

²⁹ Cfr. Anthony PAGDEN: *El imperialismo español y la imaginación política*, Barcelona, 1991, pp. 19-21. También J. H. ELLIOTT: *España y su imperio*, p. 28.

³⁰ Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1992, en concreto pp. 121-123.

a quienes, faltos de otra protección, veían en la administración de justicia el único camino de solución a muchos de sus problemas cotidianos³¹.

No olvidemos que durante todo al Antiguo Régimen era el rey quien creaba el Derecho, que él era quien designaba a los ejecutores de las normas y a quienes debían interpretarlas aplicando justicia en su nombre. Al constituir él mismo la personificación del Derecho, corporeizándolo de este modo, el *ius puniendi* y, consiguientemente, el proceso penal sólo podían ser entendidos, defectos incluidos, por referencia al soberano. En definitiva, ésta era una manera de defender un estado de cosas que al propio monarca absoluto, todavía imbuido de un trasnochado trascendentalismo teocrático, interesaba mantener, no sólo en España sino también, y por las mismas, razones en América³².

Tampoco debe olvidarse que la ley ha constituido desde siempre uno de los más formidables instrumentos de poder. La conocida sentencia de Maquiavelo de que «no puede haber buenas leyes donde no haya buenas armas»³³ constituye, además de una seria advertencia, toda una lección de voluntarismo político que los príncipes del Renacimiento y del Barroco y también en gran medida los monarcas españoles de la Ilustración no vacilaron en hacer suya. Todavía, en el último tercio del siglo XVII el tacitista Juan Alfonso de Lancina, en circunstancias bastante diferentes para la Monarquía Católica que las de un siglo antes, reconocerá como la cosa más natural del mundo que «no tienen poder por sí las leyes, si no hay brazo que las mantenga»³⁴.

Así pues, como ha escrito Tau Anzoátegui «en el Nuevo Mundo... se recibió desde el Descubrimiento, a través de la vía castellana, la noción de ley que la tradición europea había acuñado durante cerca de dos milenios. Pero esa transmisión fue enriquecida, tanto en Castilla como en América, por cuerpos legales, obras doctrinarias y una nueva experiencia, que le dieron un sesgo peculiar. Así resulta significativo el aporte que, en este campo, ofrecieron las

³¹ Bernard SCHNAPPER: «La difusión en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l' Ancien Régime», en *Voies nouvelles en Histoire du Droit. La justice, la famille, la represión pénale (XVI-XX siècles)*, PUF, París, 1991, pp. 187 ss. En p. 190 escribe significativamente: «El efecto de estos escándalos es en todo caso devastador. Vehiculan una desconfianza creciente de la población contra el orden judicial, la complejidad y lo arbitrario del procedimiento, los prejuicios, la parcialidad, la pereza o la negligencia de los magistrados, sobre todo los de las jurisdicciones de primera instancia, aunque también los de los tribunales superiores. Estas críticas están más a menudo dirigidas contra la organización judicial y el procedimiento penal que contra el fondo del derecho». Cfr. María Paz ALONSO: *El proceso penal en Castilla (ss. XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982, p. 146.

³² José María GARCÍA MARÍN: *Queiebras*, pp. 249 y 250. Cfr. María Paz ALONSO: *El proceso penal*, p. 161: «Asegurando el control del mecanismo judicial, el rey se asegura indirectamente el control del proceso. Por eso la evolución de éste, aun sin su intervención directa, va en la línea que interesa a la monarquía, la eficacia en la represión».

³³ N. MAQUIAVELO: *El Príncipe*, Barcelona, 1978, p. 131.

³⁴ J. A. de LANCINA: *Comentarios Políticos a los Anales de Cayo Cornelio Tácito*, Madrid, 1687, I,V, núm. 3, p. 8.

Partidas, el pensamiento de los teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII y los escritores políticos y moralistas de esta última centuria»³⁵.

4. PORQUE NI VOSOTROS NOS ENTENDÉIS, NI NOSOTROS OS ENTENDEMOS, NI SABEMOS QUÉ QUERÉIS

Aun siendo todo esto cierto, no lo es menos que la misma *scientia iuris*, tal vez demasiado pagada de sí misma y en exceso convencida de las ilimitadas posibilidades que ofrecía el derecho que cultivaban, adolecía de graves defectos, por cierto bastante comunes al de otros reinos europeos. Tales eran: su convicción en la inmutabilidad de una estructura jurídica estrechamente vinculada a la tradición jurídica romana y materializada en la sacrosanta vigencia del *Corpus iuris* justiniano; su consecuencia inmediata el formalismo técnico-jurídico heredado de la tradición medieval; el valor superior otorgado a la *communis opinio*; la manifiesta concepción ético-religiosa y universalista del mismo derecho y, por ende, de la realidad subyacente; la sobrevaloración del derecho como elemento constitutivo de la condición humana y, finalmente, la extrema dificultad que los juristas encontraban para interpretar los hechos por fuera de ese esquema de valores en el que el derecho lo presidía todo³⁶.

Bastante pronto muchos de estos defectos darían la cara y no sin cierta aparatosidad. Sucedió cuando por parte de las autoridades castellan as se trató, en un alarde de voluntarismo jurídico y político, de trasladar el derecho metropolitano a los nuevos territorios que acababan de ser incorporados a Castilla³⁷. El resultado fue de lo más inesperado. Aquella *ratio scripta*, aquel sacrosanto derecho, de valor universalista e intemporal, común por más señas a los reinos y territorios de la vieja Europa, no parecía ser también común al Nuevo Mundo. El complejo esquema de valores en el que se movían los juristas castellanos desde hacía más de dos siglos mostraba claros signos de impotencia a la hora de ser aplicado a unas situaciones completamente nuevas, inexplicablemente extrañas. Como ha recordado Pérez Luño, «el repertorio de ideas jurídicas y políticas de la generación de 1492 no contaba con categorías adecuadas para alojar en ellas los problemas derivados del encuentro con el Nuevo Mundo y sus problemas aborígenes»³⁸.

Pero no era sólo esto. O digamos que más bien esta inadecuación de las categorías jurídicas castellan as a la realidad o las realidades de la Nueva

³⁵ Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *La Ley en América hispana*, p. 63. Alfonso GARCÍA GALLO: «La ley como fuente del derecho en Indias», en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 169 ss.

³⁶ Véase José M.^º GARCÍA MARÍN: *La Monarquía de España*, p. 43.

³⁷ Cfr. Demetrio RAMOS: «La tradición castellana en el primer intento modelador de los reinos indianos y su frustración», en *Actas del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1973, concretamente p. 136.

³⁸ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, pp. 18 y 19.

España no eran sino el reflejo de un antagonismo más profundo, pero no por ello menos evidente. El español aparecía a los ojos de los naturales de aquellos territorios como un conquistador, como una fuerza extraña e invencible que amenazaba con subvertir, sin posibilidad de vuelta atrás, el modo de vida y el orden de las cosas tal y como hasta ese momento había sido entendido. Puede decirse con fundamento que entre ambas poblaciones, la de los vencedores y la de los vencidos, se venía entablando desde los primeros momentos un diálogo de sordos. O, más acertadamente, cabe afirmar que en la práctica se había impuesto un monólogo por parte de quienes ostentaban lo que se ha dado en llamar con generalizada aceptación el monopolio de la coacción.

A mediados del siglo XVI un oidor de la Audiencia de México, al que habremos de referirnos en más ocasiones, el controvertido Alonso de Zorita, pondrá en labios de un indio principal mexicano unas palabras bastante significativas al respecto. Al ser interrogado sobre la desmedida inclinación de los naturales a los pleitos, responderá de forma tan indirecta como contundente a la pregunta que le había sido formulada. Tras sus palabras es posible adivinar sin esfuerzo todo un estado de ánimo presidido por el desaliento, la desconfianza y el fatalismo. Viene a decir a su interlocutor que ello no era sino una consecuencia lógica del rechazo sentido por aquéllos hacia sus dominadores. Sin duda se estaba refiriendo a éstos y por extensión a todo aquello que representaban y que, por su mano, estaba siéndoles impuesto en la mayoría de los casos contra su voluntad: una cultura, una lengua, una religión y un derecho, elementos todos ellos sin cuya presencia habían sido capaces de vivir durante siglos. Todo ello explica con creces los términos de tan tajante como inapelable respuesta: «*porque ni vosotros nos entendéis, ni nosotros os entendemos ni sabemos qué queréis*»³⁹.

Unos años antes, en 1535, el oidor de la segunda Audiencia de México y posterior obispo de Michoacán Vasco de Quiroga, había tenido también oportunidad de constatar la misma realidad. A su juicio «*no se pueden bien conformar nuestras cosas con las suyas, ni adaptárseles nuestra manera de leyes ni de gobernación*»⁴⁰.

Sin duda, esta realidad era perfectamente conocida por los gobernantes españoles. Pero la visión de las cosas de estos gobernantes no era precisamente la misma que la de los pueblos sometidos a su autoridad. Su óptica era bien distinta, como también distinta era la actitud a adoptar ante los hechos. Sin duda, también el juicio global provocado por la irrupción de los conquistadores castellanos en el Nuevo Mundo y su impacto constituye aún hoy uno de los temas más debatidos en la historiografía americanista. No tengo la intención de merodear por entre los innumerables matices de esta interminable controversia.

³⁹ Alonso de ZORITA: *Relación de los señores de la Nueva España*, Madrid, 1992, cap. IX, núm. 99, p. 87.

⁴⁰ Vasco de QUIROGA, "Información en Derecho", cap. III. p. 101, en la *La autopía en América*, ed. de Paz SERRANO SASSENT, Madrid, 2002.

Me falta la ocasión y creo que también la suficiente visión de conjunto para hacerlo.

Sin embargo, creo que podemos convenir en el hecho de que los escasos pueblos que a lo largo de los siglos han tenido algo o mucho que decir en la historia de otros pueblos y naciones, más pronto o más tarde han debido comparecer ante el tribunal de la gran Historia para explicar determinados hechos. Desde luego, algunos con menor éxito que otros. El providencialismo y el mesianismo universalista de la Castilla del siglo XVI tal vez era fácil de justificar ante un determinado sector de los propios castellanos. Incluso si le atribuimos al argumento religioso que aderezó la empresa americana el valor de un simple pretexto. Bastante menos fácil y por diferentes razones era justificar tales hechos ante el resto de los reinos y territorios peninsulares de la Monarquía, en buena medida situados por Castilla al margen de lo que sucedía en las tierras recién descubiertas. Prácticamente imposible lo fue ante otros Estados europeos que, inevitablemente, veían en la veloz expansión castellana, pionera en muchos aspectos, un riesgo para su propia supervivencia.

Pero volvamos al tema planteado un poco más arriba de la indudable existencia de un muro intelectual que separaba a europeos y aborígenes, como si de dos mundos irreconciliables se tratase. Parece admisible la idea de que los españoles no pretendieron en ningún momento ignorar despreciaivamente la realidad de los pueblos y culturas sometidos y, en ocasiones, en mayor o menor medida destruidos. Por el contrario, es perfectamente demostrable que entre los conquistadores hubo quienes realizaron un más que notable esfuerzo por conocer a fondo aquellos territorios y aquellos individuos y pueblos sobre los que, desde fines del siglo XV, comenzó a extenderse el poder del rey de España⁴¹. Lo demás, es decir, la indudable vocación hegemónica castellana y los denodados esfuerzos por hallar una legitimación ideológica de la misma, así como el propio proceso expansivo con sus evidentes zonas oscuras, constituyen realidades propicias para el debate⁴². Eso sí, realidades tan patentes como constantemente imitadas por quienes muy pronto se erigieron en enfurecidos críticos del proceso. Lo que sucede es que ser el primero en abrir un camino tiene sus ventajas, pero también sus inconvenientes.

⁴¹ Véase J. H. ELLIOTT: *España y su mundo*, cit. Introducción, p. 25, donde al referirse a la ingente literatura surgida en los siglos XVI y XVII en torno al Nuevo Mundo y sus pobladores, habla de «la gran seriedad con la que acometieron esta empresa y por el grado de sofisticación intelectual manejado por los más agudos de los misioneros y oficiales españoles en el estudio del carácter y las costumbres de los pueblos indígenas de América». Del mismo autor *España y su imperio*, pp. 27-49. También «El mundo mental de Hernán Cortés», en *España y su mundo...*, pp. 50-66. Finalmente, «El descubrimiento de América y el descubrimiento del hombre», en la misma obra, pp. 67-94. Véase también Lewis HANKE: *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Madrid, 1988 (1.ª ed. 1949), pp. 78 y 95.

⁴² Véase Francesca CANTÚ: «Spagnolismo e antspagnolismo nella disputa del Nuovo Mondo», en *Alle origini di una nazione. Antispagnolismo e identità italiana*, a cura di Aurelio Musi, Milano, 2003, pp. 135-160.

5. PLEGA A DIOS QUE NO SE LES AÑADA A SUS COSTUMBRES MALAS ALGUNAS PEORES NUESTRAS, DE QUE SE LES HAGA ALGUNA MALA ENSALADA

En su forma de ver las cosas, Quiroga actuaba como experimentado jurista y como teólogo. Pero también como utopista renovador empeñado en dar un giro radical al tratamiento que se venía dando por los españoles a los indígenas⁴³. El problema era bastante más complejo de lo que en un principio pudiera pensarse. Para su resolución, o, lo que es lo mismo, para lograr la «buena gobernación» de aquellas tierras y sus gentes, se requería de los gobernantes algo más que buena voluntad y disposición. Demandaba también algo mucho más difícil de conseguir: que aquéllos se despojaran de su altivez, adoptando un mayor empeño en descubrir y comprender los signos distintivos de los nuevos territorios. Ello significaba ni más ni menos que acercarse a su realidad física y humana con un espíritu más abierto o más generoso. Por una razón de pura evidencia estimaba Quiroga que: «... se habían de proveer y ordenar las cosas de nueva manera, conforme a la manera y condición y compleciones e inclinaciones y usos y costumbres buenos de sus naturales, donde no debía ser tenido por reprehensible si, según la diversidad y variedad de las tierras y gente, se variasen y diversificasen los estatutos y ordenanzas humanas»⁴⁴.

En acertada expresión se ha dicho que el obispo-oidor y visitador Quiroga «imbuido de ideales renovadores, acudió a la llamada del único espacio donde la utopía era posible»⁴⁵. Su *Información en Derecho*, publicado en 1535, responde de principio a fin a esa idea renovadora, tan disputada por los sabios del iusnaturalismo clásico español, de revisar y criticar aspectos tan ligados a la incorporación del Nuevo Mundo como la defensa de la libertad de los indígenas, la idea de guerra justa, los derechos de los encomenderos, la actitud para con los indios de no pocos eclesiásticos, etc. Y es que, como expresara Silvio Zabala hace años «España no halló un continente vacío», sino repleto de individuos que vivían agrupados en sociedades de mayor o menor tamaño y complejidad política⁴⁶. Consciente de que muchas de las medidas adoptadas por los gobernantes para mejorar la condición de los naturales no habían dado los resultados previstos, comentará Quiroga no sin cierta ironía que «plega a Dios

⁴³ Postura sobre la que coincidían en Castilla respetables autoridades de las Universidades de Salamanca y Valladolid. Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, p. 19 entre otras.

⁴⁴ Vasco de QUIROGA: «Información en Derecho», cap. III, p. 101.

⁴⁵ Paz SERRANO GASSENT: *Introducción a Vasco de Quiroga, La utopía en América*, cit. p. 22. Más en concreto Véase Paulino CASTAÑEDA: *Don Vasco de Quiroga y su «Información en Derecho»*, Madrid, 1974.

⁴⁶ Silvio ZABALA: *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (ss. XVI-XVII)*, México, 1982, pp. 11 y 12.

que no se les añada a sus costumbres malas algunas peores nuestras, de que se haga alguna mala ensalada»⁴⁷.

6. CON MUCHO ACUERDO Y DELIBERACIÓN DEVEN SER HECHAS LAS LEYES

Así pues, esa extensión de la ley castellana por América no dejó de generar problemas, a veces arduos, de ajuste. Ninguna novedad, por otra parte, entre pueblos que a lo largo de la Historia han llegado a dominar otros pueblos. Es lo cierto que muchas viejas costumbres precolombinas, no todas, desde luego, fueron asimiladas con el paso del tiempo. Y ello por el simple hecho de que algunas otras se consideraron desde el primer momento incompatibles con un derecho, como el castellano, todo él recorrido por principios de profunda raigambre cristiana y evangélica. Ahora bien, ello no impidió que por lo general los antiguos usos y costumbres indígenas ofrecieran de hecho una tenaz resistencia, no sólo a su simple sustitución, sino incluso a ser absorbidos, en un proceso que a la postre fue claramente enriquecedor, por aquellas otras normas provenientes de la metrópoli⁴⁸. De todos modos, y aun admitiendo un razonable grado de flexibilidad por parte de las autoridades españolas a la hora de adecuar su sistema jurídico a las condiciones propias de los nuevos territorios, nada desautoriza la opinión del oidor Alonso de Zorita, quien a mediados del siglo XVI se expresaba en estos términos:

⁴⁷ Vasco de QUIROGA: *Información en Derecho*, cap. III, p. 163. Y un poco más adelante agregará: «... *convendría que se les diese alguna otra mejor y más conforme y apropiada a su manera de vivir y entender, que es tan extraño y diferente de la nuestra, cuanto lo es la nación, como tantas veces tengo dicho y nunca lo dejaré de inculcar y tornar a decir, por lo mucho que importa... y nuestra nación española en manera de servicios y servidumbres y costumbres es tan extraña y ajena y diferente de la suya, que ninguna conformidad ni comparación ni conveniencia tiene con ella*».

⁴⁸ Cfr. Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *El poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en América Hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires, 2001. En p. 55 escribe: «...cuando las partes afectadas acudían a la Corona en defensa de sus intereses controvertidos, en esas ocasiones se percibe frecuentemente que la Corona encuentra en la costumbre un instrumento idóneo para mantener o restablecer la paz social y para buscar la armonía en la relación entre las partes en conflicto... El recurso a la costumbre se hace sobre el valor entendido de que ella es un bien apreciado por la comunidad y que es privativo de la misma, ajena incluso al conocimiento de la Corona...». Véase también pp. 91 y 139: «Teólogos, juristas, visitadores y otros funcionarios se preocuparon por determinar si esas costumbres tenían o no carácter racional y cuál debía ser la actitud a adoptar ante ellas. Se intentó condenar y desterrar aquellas que vulneraban el orden natural, la moral cristiana, o eran perjudiciales para la salud y vida de los aborígenes, pero al mismo tiempo se abogó por la tolerancia de algunas que no aparecían tan torpes, hasta que se produjera su desaparición de modo paulatino a medida que absorbiesen la civilización cristiana». También Woodrow BORAH: *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México, 1985, pp. 14 ss. y 262 y 263.

«Dicen los indios viejos, que con la entrada de los españoles dio toda la tierra gran vaivén y vuelta en todo, que han perdido su justicia y la orden que tenían en castigar los delitos»⁴⁹.

Lo cierto es que desde Felipe II se manifiesta en la corte un especial interés en conocer la realidad indiana (o las muy diferentes realidades que convivían en el enorme espacio que comprendía el llamado Nuevo Mundo). Ello con el fin de evitar, en la medida de lo posible, los razonables desajustes que pudieran darse entre una normativa esencial e, incluso, podíamos añadir, ferozmente legalista proveniente del Consejo de Indias y la multiforme⁵⁰ realidad vivida en los territorios americanos. No me detendré más de lo indispensable en algo que ya es conocido. Me limitaré a recoger una norma acogida en la Recopilación de Indias de 1680, que resulta suficientemente ilustrativa al respecto:

«Con mucho acuerdo y deliberación deven ser hechas las leyes y establecimientos de los Reyes, porque menos necesidad pueda haver de las mudar y revocar. Y assí mandamos, que cuando los de nuestro Consejo de las Indias huvieren de proveer y ordenar las leyes y provisiones generales para el buen gobierno de ellas, sea estando primero muy informados, y certificados de lo antes proveído en las materias sobre que huvieren de disponer, y precediendo la mayor noticia, é información que ser pueda de las cosas y negocios, y de las partes para donde se proveyeren, con información y parecer de los que la gobernaren, ó pudieren dar dellas alguna luz, si en la dilación de pedir información no huviere algun inconveniente»⁵¹.

7. COMO ESTA TIERRA SEA NUEVA REQUIERE OTRA GOBERNACIÓN QUE LA QUE HAY EN VUESTROS REINOS DE ESPAÑA

El intenso legalismo que presidió el gobierno del Nuevo Mundo, como también sucedería con otros reinos y territorios de la Monarquía, tenía su base en la confianza depositada en la ley como máxima expresión de la justicia y del Derecho desde los tiempos de las *Partidas*. Lo cual no contradecía el paralelo reconocimiento simultáneo de otros modos de creación jurídica. La presencia de estos últimos se justificaba en función de una aceptación expresa de que la misma ley podía conocer de imperfecciones. Más aún en el caso de las Indias,

⁴⁹ Alonso de ZORITA: *Relación de los señores de la Nueva España*, cap. IX, núm. 100, p. 88.

⁵⁰ Cfr. Víctor TAU ANZOÁTEGUI: «La variedad indiana, una clave de la concepción jurídica de Juan de Solórzano», en *Real Academia de la Historia. II Congreso de Academias Iberoamericanas de la Historia*, Madrid, 1993, pp. 475 ss. También del mismo autor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992, pp. 15-20 y 115-119.

⁵¹ *Recopilación de Indias*, libro II, título II, ley 12.

en las que la variedad y la mutabilidad de las situaciones no eran sino otros tantos signos distintivos de su «realidad jurídica»⁵². De este modo se explica el «mucho acuerdo y deliberación» que Felipe II aconseja a los miembros del Consejo de Indias a la hora de redactar las leyes para estos territorios. Sobre todo porque, tal como prudentemente expresa la ley recopilada, cumpliéndose lo anterior «menos necesidad puede haver de las mudar y revocar».

En carta sin fecha dirigida al príncipe por el licenciado Diego Téllez, antiguo abogado de la Audiencia de México se alude de forma expresa a lo que venimos diciendo. Las palabras que siguen tienen el interés adicional de proceder de un hombre del Derecho, un antiguo abogado que conoció de cerca no sólo el modo de vida de la Nueva España, sino también la manera de funcionar la Audiencia de México:

*«Muy poderoso señor, como esta tierra sea nueva y nuevamente fundada, requiere otra gobernación que la que hay en vuestros reinos de España, que antiguamente su gobernación por leyes de vuestros reinos que se hacen usar y se usan y guardan y tienen el remedio muy cerca para que se guarden; en esta tierra en la cual en su gobernación hay tantas mudanzas a causa de las novedades de los naturales y el remedio de vuestro Real Consejo tan lejos que cuando se procura no hay con qué, y quien haya viene tan tarde que se halla otra mudanza en la gobernación»*⁵³.

En cierto modo el proceso de hispanización, o, si se quiere, de castellanización de los territorios americanos, fue en parte, pero sólo en parte, similar al de los territorios italianos vinculados a la Monarquía Católica. La diferencia fundamental era que en estos últimos existía un nivel sociocultural y económico muy similar al peninsular. Por otra parte, los españoles encontraron en cada uno de ellos todo un complejo cuerpo de leyes de antigua y rancia raigambre que, además, como también sucedía en Castilla, hundía sus raíces en el viejo derecho romano-canónico.

Pero lo más importante era que los napolitanos, sicilianos y milaneses –como también sucedería con otros territorios y reinos no castellanos de la Península Ibérica– hicieron del respeto a su derecho particular, a su «derecho histórico», una exigencia inmarcesible. Los tres territorios transalpinos representaron un verdadero paradigma de resistencia al absorcionismo disolvente impulsado desde Madrid. Las vicisitudes y las alternativas de esa resistencia, teniendo al derecho de una y otra parte como protagonistas antagónicos, nutren uno de los más olvidados capítulos de las relaciones entre los territorios italianos y Castilla⁵⁴.

⁵² Ved Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *La ley en la América hispana*, pp. 31, 32 y 57-61.

⁵³ Francisco del PASO Y TRONCOSO: *Epistolario de Nueva España. 1505-1818*, tomo XIV, documentos sin fecha, México, 1940, núm. 834, pp. 155 y 156.

⁵⁴ Ved en general José M.^a GARCÍA MARÍN: *La Monarquía de España*, cit. También en *Monarquía Católica en Italia. Burocracia imperial y privilegios constitucionales*, Madrid, 1992, y más recientemente en *Castellanos Viejos de Italia. El gobierno de Nápoles a fines del siglo XVII*, Milán, 2003. En ambos estudios pueden verse numerosas referencias al tema aludido.

Aunque en los territorios americanos el problema no se presentó en los términos que lo hizo en la propia España o en los «Estados dependientes» italianos, sí que mereció la aplicación de una cierta dosis de cautela por parte de los gobernantes españoles en América o las propias autoridades metropolitanas. La doctrina americanista de los siglos XVI a XVIII ofrece abundantes ejemplos de la necesidad o, al menos, la conveniencia de respetar si quiera parte de las antiguas costumbres de los indios⁵⁵. A principios del siglo XVII un politólogo del fecundo género de los educadores de príncipes como Andrés Mendo, advertirá severamente a los gobernantes castellanos algo que, aunque expresado en el tono genérico de los principios considerados con valor general, si no axiomático, pronto se había revelado postulado indiscutible para la viabilidad no sólo de un derecho especial para las Indias, sino también para la propia conservación de éstas dentro de la Monarquía:

«es peligrosa la mudanza en las leyes, porque trae consigo mudanza en las costumbres, y el introducir de repente nuevo modo de vida es destruir y aniquilar el orden ya entablado, con el riesgo de daños no prevenidos»⁵⁶.

8. LOS DEL NUESTRO CONSEJO PROCURAN REDUCIR LA FORMA DEL GOBIERNO DE ELLOS AL ESTILO CON QUE SON REGIDOS LOS REYNOS DE CASTILLA Y LEÓN, EN QUANTO HUVIERE LUGAR

Sin duda que esta cautela fue tenida muy en cuenta por el gobierno central a la hora de diseñar el sistema jurídico por el que las posesiones americanas, en su inmensa variedad, habían de regirse. Hablo de cautela, y digo bien, ya que desde fecha bastante temprana el rey, o el Consejo de Indias, mantuvieron en este extremo una actitud a la que hay que adjetivar como mínimo de prudente. De lo que se trataba era de que la vinculación, o, si se quiere, la dependencia del derecho indiano respecto del vigente en Castilla, debía ser compatible con una cierta autonomía de aquél. Dicho en otras palabras había que ser prevenidos ante la posibilidad de que la sujeción de los territorios americanos a un gobierno diseñado desde la metrópoli no derivase hacia una castellanización desconocedora de la realidad, o de las realidades de los territorios americanos. Lo cual no quiere decir que no se mantuviese igual prudencia ante lógicas tenden-

⁵⁵ Ved para esto Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *El poder de la costumbre*, pp. 330 y 331, donde siguiendo la autorizada pluma de Solórzano Pereira hace una ilustrativa enumeración de aquellas costumbres precolombinas que por su naturaleza (antiguas y fieras costumbres) debían ser desterradas. En p. 141 advierte que «no hay un inventario completo de las costumbres indígenas que fueron toleradas o, más resueltamente, incorporadas al ordenamiento indiano. Tampoco es fácil separar las que, provenientes de la época prehispánica, sobrevivieron, de las que se fueron creando al calor de la nueva situación».

⁵⁶ Andrés MENDO: *Príncipe perfecto y ministros ajustados*, Lyon, 1622, doc. LXIV, p. 21.

cias de signo contrario⁵⁷. En efecto, había que estar alerta para atajar a tiempo predecibles deslizamientos que, en un sentido contrario, condujesen a una no menos inquietante descentralización legislativa. Algo que, por otra parte, desde muy pronto había estado presente en la mente de no pocos tratadistas y jueces del derecho indiano⁵⁸.

De lo más elocuente —en esta línea interpretativa— es lo que se dispone en la Recopilación de Indias, recogiendo una disposición de tiempos de Felipe II, cuyo tenor es el que sigue:

«Porque siendo de una Corona los Reynos de Castilla, y de las Indias, las leyes y orden de gobierno de los unos, y de los otros, deven ser lo mas semejantes y conformes, que ser pueda. Los de nuestro Consejo en las leyes y establecimientos, que para aquellos Estados ordenaren, procuren reducir la forma y manera de el gobierno de ellos al estilo y orden con que son regidos y gobernados los Reynos de Castilla y de Leon, en quanto huviere lugar, y permitiere la diversidad y diferencia de las tierras y naciones»⁵⁹.

Por lo tanto, homogeneización respecto al Derecho castellano sí, porque ello entraba de lleno en lo que podría denominarse la «lógica» de un gobierno en mayor o menor medida absolutista. De un poder político que desde la primera mitad del siglo XVI estaba poniendo a punto su propia «estrategia de dominación» en los territorios recién incorporados. Por lo tanto, imposición estratégica del modelo castellano, desde luego, pero esto sólo debía entenderse por las autoridades en Indias «en quanto huviere lugar», es decir, no de forma inexcusable, sino más bien en la medida en que lo «permitiere la diversidad y diferencia de las tierras y naciones», tal como estipulaba previsoramente la ley recopilada⁶⁰.

Para los casos en que se produjese una contraposición insalvable entre la norma emitida desde Madrid a través del Consejo de Indias y la realidad india que se pretendía someter a Derecho, el ordenamiento jurídico castellano tenía prevista una solución tan singular como efectiva. Se trataba de una medida cuyo pragmatismo radicaba en la flexibilidad de la propia filosofía que la

⁵⁷ Según TAU ANZOÁTEGUI: *El poder de la costumbre*, p. 311, Solórzano Pereira, desde su privilegiado puesto de observación como oidor de la Audiencia de Lima primero y como miembro del Consejo de Indias después «fue el arquitecto intelectual que trazó con mano firme en el papel las líneas fundamentales de ese orden jurídico».

⁵⁸ Cfr. Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992, pp. 98 ss.

⁵⁹ *Recopilación de Indias*, libro II, título II, ley 13.

⁶⁰ Así encuentra sentido en toda su plenitud lo preceptuado en *Recopilación de Indias*, II, I, 4: «Que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que se hizieren de nuevo. Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policia, y sus usos y costumbres observadas y guardadas despues que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religion, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen, y siendo necessario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que Nos podamos añadir lo que fueros servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor y al nuestro, y a la conservación y policia Christiana de los naturals de aquellas Provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y Justas costumbres y Estatutos suyos».

inspiraba. Si en su origen castellano y medieval tuvo un carácter excepcional, en América daría un inesperado juego dada la singularidad cultural, económica y social de los nuevos territorios. En suma, era una fórmula destinada a procurar la inaplicación de normas cuyo contenido fuera manifiestamente contrario a Derecho o que de su aplicación resultase evidente daño a la comunidad. Un instrumento destinado a conciliar la *summa potestas* del rey, o de las autoridades que lo representaban en las Indias (virrey, audiencia) con las especiales situaciones que la vida indiana generaba. Todo ello sin que, por otra parte, resultara menosprecio o desprestigio de la ley en tanto emanación de la autoridad soberana⁶¹.

En el s. XVII Alonso de Villadiego había alertado a los jueces de que

*«... aunque el Rey o su Consejo mandase alguna cosa contra la Justicia civil, o contra el bien público, lo debe cumplir el Juez, o dejar el cargo, porque la inobediencia a los Reyes, y a sus mandamientos, es crimen gravísimo... con todo esto hay casos en que el Juez debe suspender la ejecución de ellos, como si fuesen contra la Ley de Dios, o natural, o contra la Fe, o contra conciencia, o si fuese contra Leyes, o derecho expreso y fueros... se ordena que las tales no valgan, y que sean obedecidas y no cumplidas...»*⁶²

Las palabras de Villadiego son suficientemente expresivas de la vinculación o sujeción existente entre el juez encargado de aplicar la ley y la ley misma. En principio, el incumplimiento de un mandato legal se considera «crimen gravísimo», cosa lógica en un sistema en el que la ley no era sino la emanación directa de la voluntad del soberano absoluto. No obstante, determinadas circunstancias de especial gravedad (que vienen reconocidas por la propia ley) pueden determinar que las autoridades judiciales llamadas a cumplir una norma emanada del poder soberano deje de observarla. Evidentemente, para que esta medida no poco excepcional y, por lo mismo, un tanto paradójica dentro del sistema político del Antiguo Régimen surtiese los efectos deseados, era necesario que concurriesen determinadas circunstancias relevantes. Por una parte, las autoridades encargadas de su aplicación (Audiencias, corregidores, gobernadores) debían constatar los efectos indeseables que tal disposición normativa podía originar. Esto tenía lugar desde el momento en que las personas o entes (por ejemplo cabildos) que se sintiesen directamente perjudicados evidenciasen los daños que su aplicación podía llevar consigo. Mediante el «recurso de suplicación» dirigido al legislador, la parte o partes interesadas

⁶¹ Véase sobre esto Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *La ley en América*, pp. 67-144. En p. 60 escribe: «... pese al rigorismo legal que ostentaba la pragmática sanción, la Recopilación no se aplicaba por igual en todas partes y materias. Tampoco su observancia por parte de las autoridades superiores fue implacable sino que se desarrolló al ritmo de las variantes exigidas por las circunstancias». Sobre sus orígenes castellanos medievales ver Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *La fórmula «obedézcase pero no se cumpla» en el Derecho castellano de la Baja Edad Media*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», L, Madrid 1980.

⁶² Alonso de VILLADIEGO VASCUÑANA: *Instrucción política y práctica judicial*, utilizo la ed. De Madrid 1788, cap. V, aptdo. I, núm. 86 y 89, p. 156.

directamente debían hacer constar la existencia de vicios internos o externos que invalidaban el fin originario perseguido por la norma. En otras palabras, que los perjuicios que cabría esperar de su aplicación fuesen muy superiores, o anulasen, los efectos beneficiosos que motivaron su sanción y publicación. Para ello solicitaban su revisión por parte del propio legislador. En tanto este último decidía sobre su revocación o confirmación, la norma en cuestión quedaba en suspenso⁶³.

He calificado de excepcional y paradójico este recurso (aún a sabiendas de que su uso en los territorios americanos fue muy abundante), por el simple hecho de que su aplicación constituyó tal vez el más claro exponente de la «quiebra» que el aparentemente «irreductible» principio legalista sufrió al entrar en contacto con la realidad americana. Una realidad en la que, al fin y al cabo, factores tales como la distancia, la diversidad de costumbres en territorios tan variados, la particular idiosincrasia de las personas a las que las normas iban dirigidas, la presión ejercida por los poderes periféricos etc., operaban con una fuerza indiscutible. Hasta el punto de lograr que esa singularidad indiana llegase en no pocos casos a predominar sobre la en principio omnímoda voluntad de un legislador demasiado lejano.

Sin embargo, y según el parecer de algunos observadores del momento, no fueron pocos los casos en que esa plausible predisposición del Gobierno a adaptar su legislación para las Indias teniendo en cuenta los factores indicados dio pie a numerosos abusos. Con referencia al Perú e incluso *en todas las Indias*, estos observadores anotan que, a fin de cuentas, la medida indicada también condujo a unos resultados menos justificables. Al parecer se dieron casos en que la voluntad de los virreyes, no pocas veces impulsada por intereses particulares, fueron causa de que muchas órdenes reales no se cumpliesen «*con el pretexto, unas veces, de que conviene; otras, de que hay fuero para no ponerlas en ejecución, y otras, de no ser ocasión de practicarlas*»⁶⁴.

9. PORQUE NI VOSOTROS NOS ENTENDEIS, NI NOSOTROS OS ENTENDEMOS NI SABEMOS QUÉ QUEREIS

Toda medida normativa tiene su razón de ser. Las que motivaron la aparición del Juzgado de Indios o del Protector de Indios desde luego también las

⁶³ Véase Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *La ley en América*, p. 59.

⁶⁴ Véase Jorge JUAN y Antonio de ULLOA: *Noticias secretas de América*, ed. de Luis J. RAMOS GÓMEZ: Madrid 2002, sesión novena, núm. 49, pp. 422 y 423. En sesión décima, núm. 21, p. 436 escriben «*Es evidente que hay muchas ocasiones en que no conviene ponerlas en ejecución... y si los virreyes no reflexionasen los casos y (no) tuviesen la libertad de poder arbitrar y suspender su ejecución, se cometerían muchos absurdos en el gobierno, y los desaciertos serían muy repetidos. El abuso sólo está en que el privilegio de tan alta confianza, que debería mirarse como cosa sagrada... se aplique a otros casos en que no hay más razón que la voluntad, y el hacer ostentación del poder*».

tenían. Los jueces del s. XVIII eran herederos de una tradición judicial de abusos de toda estirpe nacidos de la confluencia de dos órdenes de causas. Por un lado, la persistencia durante toda la Edad Moderna, en la península y en las colonias, de una serie de vicios o defectos que afectaban a la estructura misma de la administración de justicia⁶⁵. Por otro, en el caso americano, operó un factor nuevo que tenía mucho que ver con el desequilibrio socio-económico y cultural existente entre españoles e indios. Hasta tal punto es esto así, que el desvalimiento y la ignorancia de los naturales determinará la adopción de medidas concretas tendentes a reequilibrar, desde el punto de vista jurídico y procesal, una situación manifiestamente desigual entre ambas poblaciones⁶⁶.

Era del todo lógico que los acontecimientos discurrieran como lo hicieron. Las innumerables disposiciones procedentes de la Corte exigiendo buen trato a los indios; las continuas denuncias de los eclesiásticos, unas más vehementes que otras, ante los abusos de los conquistadores; las paternalistas disposiciones virreinales inspiradas y estimuladas desde Madrid o los brillantes argumentos doctrinales a favor de los desvalidos indios y las más de las veces contra el maltrato de los españoles, todo ello apuntaba la necesidad imperiosa de reestructurar el desequilibrio inicial contrapesando el excesivo poder e influencia de estos últimos. Dadas las circunstancias en que se produjo la incorporación del Nuevo Mundo: operaciones militares victoriosas a veces a gran escala, establecimiento a renglón seguido de un nuevo orden del todo desconocido para los naturales, planteamiento de una verdadera estrategia dominadora con todos sus elementos y a todos los niveles, etc., otorga suficiente crédito a la anteriormente citada sentencia de Bernardino de Sahagún de que, de golpe, había cesado el imperio de los mexicanos y comenzado el de los españoles.

Sin duda una de las más elocuentes manifestaciones de esa dominación vino representada por el establecimiento de un orden jurídico nuevo y unos personajes inquietantes encargados de su aplicación. Digo esto porque por fuera de otro orden de cosas que supusiera novedad para los naturales de la Nueva España, el Derecho y sus intérpretes, ambos al servicio del rey de España, contribuyeron decisivamente a cambiar las cosas en medida similar a, por ejemplo, la religión. La temprana inclinación de los indios a los pleitos, fuera o no del todo voluntaria, no era sólo un mero reflejo de lo que sucedía en la metrópoli. Significaba también que los naturales de las nuevas tierras habían encontrado una forma de igualarse e incluso de enfrentarse a los nuevos dominadores utilizando sus mismas armas. Otra cosa es que, ignorantes del complicado entramado jurídico y procesal impuestos por los castellanos, a la postre

⁶⁵ A ellas me he referido en *Jueces culpables y defensa del indio. Notas sobre procesos criminales novohispanos del s. XVIII*, en «Estat, Dret i Societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Gay Escoda», Barcelona 1996, pp. 356 y 357. También en *Quiebras...*, cit.

⁶⁶ Colin MACLACHLAN: *La justicia criminal*, p. 11: «Un oficial español que formalmente sentenciara a un delincuente indígena en Nueva España, no sólo representaba materialmente la herencia legal ibérica, sino que en muchos casos la sentencia misma había sido establecida en fecha anterior al Descubrimiento de América. Las raíces de la ley colonial permanecieron asidas a suelo español».

fueran víctimas propiciatorias tanto de ese orden jurídico como, lo que era peor, de muchos de sus cultores y aplicadores pertrechados de pocos escrúpulos⁶⁷. Dentro de este contexto cobra sentido lo que el avisado oidor Alonso de Zorita pone en labios de un cacique indio con el tema del pleiteismo indígena al fondo: «*ni vosotros nos entendéis, ni nosotros os entendemos ni sabemos qué queréis*»⁶⁸.

Aunque podrían aportarse numerosos datos que abonasen esta interpretación, quiero referirme sólo a un supuesto concreto por estimarlo suficientemente ilustrativo. La Recopilación de Indias de 1680 contiene un precepto que resulta de lo más clarificador en este sentido:

*«Que los delitos contra indios, sean castigados con mayor rigor que contra españoles. Ordenamos y mandamos, que sean castigados con mayor rigor los españoles que injuriaren, o ofendieren o maltrataren a Indios que si los mismos delitos se cometiesen contra españoles, y los declaramos delitos publicos»*⁶⁹

El proceso penal del que había de conocer el Juzgado de Indios venía caracterizado por la sumariedad y la disminución de costes para las partes intervinientes. En especial tales medidas estaban previstas para beneficiar a los naturales⁷⁰. Desde luego la primera medida llevaba aparejada el logro de la segunda. Lo que queda por determinar es si la contracción de las actuaciones procesales que tal brevedad llevaba consigo, implicaba alguna merma en las garantías jurídicas de las partes intervinientes.

Estoy seguro de que esto era así y lo era muy singularmente para una de las partes involucradas en este tipo de procesos: los oficiales judiciales. Ellos eran los que, en realidad, estaban en el punto de mira de las medidas adoptadas por la metrópoli y que desembocaron tanto en la creación del Juzgado de Indios, como en este proceso singularizado por su brevedad y bajo coste. Puesto que las actuaciones procesales eran remitidas por el juez comisionado al Juzgado de Indios para que éste, en conjunción con el virrey, decidiese el sentido de la sentencia, la última palabra correspondía a éstos. Es de suponer que en tales supuestos la ascendencia que el virrey ostentaba a todos los efectos en el ámbito del virreinato, así como la condición de supremo protector de los indios que le otorgaban las leyes, determinarían que la solución última dependiese del mismo, o lo que igual de su asesor que operaba en el vértice orgánico del Juzgado de Indios. Lo cierto es que tanto las facultades judiciales del virrey, como

⁶⁷ Cfr. Manuel TORRES AGUILAR: *Teatro de iniquidad. Un escenario de abusos en la justicia de Nueva España*, Messina 2001, donde a través del caso verdaderamente paradigmático de un alcalde mayor de Xochimilco, el autor ofrece un cuadro en extremo realista de la administración de justicia en el virreinato de la Nueva España.

⁶⁸ Alonso de ZORITA: *Relación de los señores de la Nueva España cap. IX*, núm. 99, p. 87.

⁶⁹ *Recopilación de Indias*, lib. VI, tít. X, ley 21.

⁷⁰ Woodrow BORAH: *El Juzgado*, p. 94. La doctrina jurídica de los *miserables* se concretaría en «reducción o eliminación de los costos jurídicos; asimismo reducción o eliminación de la intervención de la habitual red española de funcionarios, abogados y notarios que cobraban honorarios; acceso mucho más directo a la ayuda judicial y administrativa; radical simplificación del proceso legal...».

la brevedad en las actuaciones y el bajo costo de este tipo de procesos impuestos por las normas, son perfectamente constatables en la práctica documental.

Sin duda el problema de la falta de probidad de los oficiales públicos, desde la Baja Edad Media hasta fines del XVIII obedecía a razones de carácter estructural en las que iban implicados vicios de muy variada naturaleza. Podemos decir que a la altura del s. XVIII en el enfoque del problema confluían lenguajes muy diferentes: un discurso político preñado de proyectos y deseos de cambios que hablaba de estrategia de dominio, centralización, control de las instituciones, etc.; un discurso normativo que casi nunca estuvo a la altura de los proyectos reformistas y que, en buena medida, se mantuvo inalterable; una doctrina jurídica, castellana e indiana, que a pesar de su importancia y de sus loables aspiraciones no logró otra cosa que clamar en el desierto y, finalmente, unos instrumentos de gobierno, centrales o periféricos, que, sumisos al poder central, sólo en pocos casos alcanzó a transformar en realidad el *projectismo* oficial⁷¹.

10. PARA AVER DINERO

Con independencia de supuestos a los que seguidamente aludiremos, hay que reconocer que la corona no constituyó en determinados ámbitos de actuación un ejemplo a seguir, sino más bien todo lo contrario⁷². Tal vez la más significativa de todas estas perversiones y, a su vez, desencadenante de una larga serie de irregularidades de la más variada naturaleza era el de la patrimonialización y privatización de los cargos. Se trata de un tema que, por cierto, ha merecido bastante atención por parte de una historiografía referida, no sólo a la península, sino también a los territorios americanos⁷³. Es por ello por lo que no pienso ocuparme del particular más de lo indispensable, es decir, sólo en la medida que lo requiere el tema que ahora atrae mi atención.

Lo verdaderamente importante que la venalidad de los cargos públicos y, muy en concreto, los que llevaban aparejada la administración de justicia traía

⁷¹ Cfr. Carlos GARRIGA, *Los límites del reformismo borbónico*, p. 784.

⁷² Baste recordar las famosas *cédulas de suspensiones de pleitos*, a través de las cuales el absolutismo regio penetraba de la forma más directa e insolente en el campo de la administración de justicia imponiendo su criterio en determinados pleitos a las Audiencias y Chancillerías. Ver Carlos GARRIGA, *La Audiencia y las Chancillerías*, pp. 167 y 168.

⁷³ Ver José M.^a GARCÍA MARÍN: *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*, 2.^a ed. Madrid 1987, pp. 143-151. Del mismo autor *La burocracia castellana*, pp. 178-192. En ambos estudios puede verse bibliografía sobre el particular. Para el caso de las Indias, pueden consultarse entre otros las referencias contenidas en los estudios ya clásicos de E. SCHÄFER: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, I, Sevilla 1935 y C. H. HARING: *The Spanish Empire in America*, New York 1947. De forma monográfica lo ha hecho FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: *La venta de oficios en Indias (1492-1606)*, Madrid 1982 y con carácter sintético Fernando MUÑOZ ROMERO: *Instituciones de gobierno y sociedad en Indias*, en «Estructuras...», cit., pp. 163-231. También *El «beneficio» de oficios públicos con jurisdicción en Indias. Notas sobre sus orígenes*, en «Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano», Quito, V (1980), pp. 311-359.

consigo, era que al producirse la designación del aspirante mediante precio y al facilitarse la transmisión de los oficios a terceros por cualquiera de las modalidades consolidadas en la práctica (venta, arrendamiento, renunciación, cartas expectativas, herencia, dote, etc), el acceso a tan atractivos puestos se producía completamente al margen de la idoneidad de los candidatos. Sin duda esto, cuya única justificación de relieve se encontraba en la permanente necesidad de recursos de la hacienda regia, constituyó una verdadera desgracia para los administrados, peninsulares o no. Ni que decir tiene que los factores determinantes de la capacidad para los cargos públicos, ya fueren físicos, morales, económico-sociales, jurídicos o técnicos, recogidos escrupulosamente por el Derecho territorial castellano de la Baja Edad Media, no alcanzaron a ser otra cosa que meras fórmulas desiderativas en la mayoría de los casos carentes de aplicación práctica⁷⁴.

El resultado final era perfectamente imaginable: quien había invertido dinero en la adquisición de un cargo de justicia, se hallaba más que autorizado a sacar de él el rendimiento necesario para recuperar con creces lo desembolsado. En esta simple ecuación, inversión-beneficio previsible, se apoyaba gran parte del desbarajuste y los excesos que desde hacía siglos acompañaban a la administración judicial. Pero si este era el punto de vista del adquirente del corregimiento o la alcaldía mayor, el de la corona era bastante similar, puesto que podía sintetizarse en el principio oficio-renta fiscal. Y si partimos de la base de que privatización de la función pública y acumulación de cargos corrieron parejas, fácil es representarse a qué extremos llegó la corrupción y en qué medida se multiplicaron y enquistaron los abusos en el seno de la administración de justicia. Hasta el punto de que Castillo de Bobadilla admitiera sin mayores escrúpulos la existencia de una presunción en contra de aquellos jueces que habían logrado el acceso a sus oficios mediante precio. Sus palabras son inequívocas y dejan poco margen a la duda cuando afirma que «... en los oficiales que compran los oficios y por dádivas y negociaciones torpes ascienden a ellos... se presume que cometeran todos los delitos... porque el que da dinero por el oficio, se presume que tiene animo de adquirir hacienda indebidamente y de hacer cualesquier males por este fin: y así se presume contra ellos...»⁷⁵.

En el caso de las Indias se ha dicho que el sistema de la venalidad sólo fue aceptado tácitamente por la corona, sin que, al parecer, se dictaran disposiciones concretas autorizándolo de forma expresa⁷⁶. No es ésta, sin embargo la única posición sobre el asunto, ya que parece admitirse sin mayores reservas que por una Real Cédula de 1559, tras ser consultado el Consejo de Indias el 12 de marzo del año anterior, Felipe II aprueba expresamente la puesta en práctica del

⁷⁴ Véase José M.^a GARCÍA MARÍN: *El oficio público*, pp. 178-223 y *La burocracia castellana*, pp. 126-226. También *Monarquía Católica en Italia*, pp. 133 ss.

⁷⁵ Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA: *Política para corregidores*, V, I, núm. 210, p. 842.

⁷⁶ Fernando MURO ROMERO: *El «beneficio» de oficios públicos*, p. 329; *Instituciones de gobierno*, p. 183.

citado sistema con una finalidad muy concreta: «*para aver dinero*»⁷⁷. Por tanto queda claro que la corona, tras un primer período en que se mantuvo reticente ante este tipo de actuaciones por estimarlas perjudiciales al «buen gobierno», intervino después directamente en la mecánica de la venta de cargos públicos.

Es lógico que esto fuera así puesto que la venta de oficios era ya conocida en Castilla desde la Baja Edad Media, primero como una práctica entre particulares y más tarde como un negocio público. Incluso debo añadir que, en el caso americano, Tomás y Valiente confiesa no conocer un solo ejemplo en que ante el dilema de adjudicar un puesto a un licitador idóneo o a quien ofrecía mayor precio, la corona se decidiera por el primero. Lo cual no quiere decir que se diera una preterición sistemática de personas capaces frente a los que hacían mejor oferta dineraria. Más bien cabe pensar que los reyes «antepusieron el beneficio y aprovechamiento de la Hacienda real respecto de derechos individuales adquiridos sobre algún oficio, o a la selección de la persona moralmente más idónea para un oficio mandado vender»⁷⁸.

Lo cierto es que a principios del s. XVIII la propia corona, forzada por sus acuciantes urgencias monetarias, se ve obligada a reformar el sistema de venta de oficios con dos objetivos específicos, evitar una inflación de puestos vendibles que reduciría su valor y dar entrada a nuevos pretendientes capacitados para ofrecer mejores ofertas económicas⁷⁹. Medidas ambas que, a poco que se repare en ellas, demuestran claramente hasta qué punto la Monarquía estaba introducida en la mecánica del comercio de oficios vendibles, hasta el extremo de introducir, desde su posición privilegiada, cambios tendentes a mejorar tanto oferta como demanda.

11. EN ESTE REINO HAY MUCHOS CORREGIMIENTOS Y TENIENTAZGOS, HARTOS MÁS DE LOS QUE SON MENESTER

Resulta bastante significativo respecto de la idea utilitarista que se llegó a tener de los cargos públicos en Indias, lo que para la audiencia de Quito se dispuso en una Real Cédula dada en San Lorenzo el 15 de septiembre de 1612: «*He sido informado que muchas personas compran oficios en esa provincia con el solo intento de honrarse con ellos y entrar en algunas elecciones y des-*

⁷⁷ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: *La venta de oficios*, pp. 61-63.

⁷⁸ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: *La venta de oficios*, p. 100. En p. 130 señala que al parecer se dieron casos de rechazo de ciertas ventas públicas o privadas de oficios cuando se consideró que los adquirentes eran personas claramente inadecuadas para su desempeño. Sin embargo, añade, «la Monarquía no podía... abusar de su derecho a rechazar la confirmación de los despachos provisionales, sino que se vería obligada a hacer uso de esa facultad con mesura... lo contrario hubiese creado una inseguridad en el tráfico privado de oficios que habría retraído a muchos posibles compradores». Tal vez esto último se acomode más a lo que nos indica José M.^o OTS CAPTEQUÍ: *El Estado español de las Indias*, pp. 47 y 48.

⁷⁹ FERNANDO MURO ROMERO: *Instituciones de gobierno*, p. 190.

pués que han conseguido sus intentos, para que se les vuelva el dinero que dieron por los oficios, se llaman a engaño y ponen pleito y salen con ello, sin embargo de la cláusula que se pone en la venta de los oficios de que no se puedan llamar a engaño los que lo compraren y esa Audiencia les ha mandado volver su dinero sin advertir a la honra y beneficio que han conseguido con los oficios...»⁸⁰.

En 1564, es decir cinco años después de la famosa consulta del Consejo de Indias de 12 de marzo de 1559 que acabamos de citar, el visitador de la Nueva España Jerónimo Valderrama nos proporciona una noticia de inestimable valor a la hora de ver hasta qué punto el tema de la patrimonialización de los cargos jurisdiccionales había calado en la realidad administrativa novohispana. Denuncia el visitador el hecho de que *«en este reino hay muchos corregimientos y tenientazgos, hartos más de los que son menester»*. La escueta noticia ya de por sí contiene suficiente enseñanza como para ponernos al tanto de un hecho por otra parte suficientemente conocido. Y es que esa sobreabundancia de justicias en el virreinato no obedecía tanto a nombramientos basados en necesidades de la propia administración de justicia, como a urgencias financieras del fisco. Dicho de otra forma, aquí como también venía sucediendo en la península desde fines de la Edad Media, el efecto recaudatorio había comenzado a primar sobre cualquier otra consideración a la hora de designar nuevos jueces. Con ello estoy aludiendo a uno de los efectos más indeseables que la venalidad traía consigo: la postergación de los requisitos de idoneidad consignados en las normas, desde la época de las *Partidas*, en beneficio de unas expectativas monetarias que la corona esperaba obtener del mejor postor sobre los cargos de corregidores o alcaldes mayores. Ni que decir tiene que este hecho explica por sí mismo muchas cosas a propósito del modo de hacer justicia en los nuevos territorios. Una vez más y salvando las diferencias existentes el paralelismo con la metrópoli se pone de relieve en asunto de tanta importancia.

12. LOS MÁS DE ESTOS CORREGIDORES NO VAN A LOS OFICIOS. ANTES A MUCHOS DE ELLOS SE LES MANDA QUE NO ENTREN EN ELLOS

Pero no se detiene ahí Valderrama en su valoración de una administración de justicia que, particularmente, estimará *«no está como yo quisiera»*. Conforme a su estilo directo y poco contemporizador agrega lo que sigue: *«los más de estos corregidores no van a los oficios. Antes a muchos de ellos se les manda que no entren en ellos»*. No hace falta discurrir demasiado para entender que las propias autoridades del virreinato, desde luego con el consentimiento expreso o tácito del rey y el Consejo de Indias, estaban perfectamente cons-

⁸⁰ Richard KONETZKE: *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica, 1493-1810*, vol. II. Primer tomo (1593-1659), Madrid 1958, doc. núm. 121, pp. 183 y 184.

cientes de cuales eran las circunstancias. Dar la posesión de estos cargos de justicia a quienes los habían adquirido mediante precio y al margen de los más elementales requisitos de idoneidad, no era sino echar más leña al fuego, avivar la hoguera en que se estaba convirtiendo el tema de la justicia para muchos habitantes del virreinato, sobre todo indios, pero no sólo ellos, también españoles. Lo cual no quiere decir que los propios virreyes no incurrieran en el mismo error al hacer uso de la facultad que por las *instrucciones* se les confería de nombrar ellos mismos este tipo de oficios. Pero de ello hablaremos un poco más adelante.

Tal como el visitador Valderrama nos pinta el panorama, los viejos fantasmas que alentaron el calor de las diatribas y las continuas protestas de los procuradores de las Cortes castellanas desde fines de la Edad Media, habían encontrado también acomodo en los territorios americanos. Con una diferencia nada despreciable. Aquí no nos vamos a encontrar con procuradores que protesten airadamente en Cortes ante su rey por la existencia de corregidores «que no son del número». Es decir, oficiales públicos nombrados indiscriminadamente mediante precio por decisión real y sin relación alguna con las necesidades de la justicia, pero cuyo salario y demás emolumentos sí deben correr de cuenta de los súbditos. Lo cual no quiere decir que los lógicos efectos vinculados a tal práctica en el caso americano hayan de ser por ello menos indeseables de los ya conocidos en la metrópoli.

13. NO SON CORREGIMIENTOS SINO SALARIOS PARA DAR A HOMBRES QUE POR AHÍ ANDAN

El visitador nos participa, pues, que quienes han adquirido el corregimiento no sólo no acuden a desempeñar su oficio, sino que incluso ello les está vetado por las propias autoridades. ¿Cómo calificar esta curiosa situación? El enigma nos lo despejará el mismo Valderrama: «*por manera que no son corregimientos sino salarios para dar a hombres que por aquí andan*»⁸¹. Más claro imposible. Una vez más, ahora en América, se repetía el viejo sistema practicado por los reyes de dislocar el antiquísimo principio de origen canónico de *officium=beneficium*. La práctica de los príncipes seculares había contribuido desde el s. XIII, pero sobre todo en el XIV y XV, a separar dos elementos que en principio debían permanecer unidos (cargo=retribución). Cuando el monarca de los ss. XVI a XVIII otorga un corregimiento al sujeto que hace mejor oferta económica, lo hace admitiendo la posibilidad de que el adquirente no haya

⁸¹ *Carta del licenciado Valderrama a Su Majestad en su Real Consejo de Indias (México febrero-marzo, 1564)*, en «Documentos para la historia del México colonial», publicados por F.V. Scholes y E.B. Adams, vol. VII, *Cartas del licenciado Jerónimo Valderrama y otros documentos sobre su visita al gobierno de Nueva España, 1563-1565*, México 1961, doc. núm. 7, p. 62. Para el caso de los «estados dependientes» de la Monarquía, ver mi *Monarquía Católica en Italia*, p. 151.

pensado ni por un momento en desempeñar tal cargo. Lo cual quiere decir que puede a su vez vender el oficio a otro, o arrendarlo, o darlo en dote, etc. Pero también conoce de sobra que la ineptitud del comprador puede ser causa de que este último se lucre con el sueldo asignado al cargo, ignorando totalmente las obligaciones y responsabilidades anejas al mismo⁸². Justamente ésto es lo que denuncia nuestro visitador cuando afirma no sin ironía que más que corregimientos lo que se atribuye a algunos son salarios de corregimientos, sin más cuestiones.

Algunos autores han llegado a la conclusión de que durante el período 1687-1750, los criollos mostraron un decidido interés por los puestos de oidores en las Audiencias. Ello como una forma de asegurarse un futuro para sí y, previsiblemente para sus descendientes, así como de lograr el acceso a un puesto socialmente privilegiado. En cambio los españoles parecen diversificar sus preferencias: los letrados procedentes de los colegios mayores de más prestigio prefieren continuar su carrera y su *cursus honorum* en la península, en tanto que los puestos en las Audiencias virreinales parecen ser el objetivo de los que ostentaban menores méritos. Lo mismo sucedía con los corregimientos y alcaldías mayores que, aunque de menor entidad, ofrecían en cambio grandes posibilidades para los ambiciosos equipados con pocos méritos y menos escrúpulos⁸³.

14. EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES SE GUARDA ALGUNA JUSTICIA, PERO EN LOS ALCALDES MAYORES POCA O NINGUNA

De lo que debe quedar constancia es de un hecho que resulta ser en estos momentos enormemente significativo. Se trata de que en líneas generales el fenómeno de la *tecnificación*, al menos en lo que a la administración de justicia se refiere, no se dio en América con igual intensidad que en Castilla. Aquí el ascenso de los letrados a puestos de responsabilidad en los que se requerían conocimientos técnicos constituyó un proceso cuyos inicios se remontan a la Baja Edad Media. La pragmática de los Reyes Católicos de 1499 y los Capítulos de Corregidores de 1501 marcan el punto álgido de una evolución diseñada desde los tiempos del rey Sabio. A principios del s. XVI queda consolidado en la península el sistema en virtud del cual el elemento letrado se convierte en la nueva fuerza con que el monarca cuenta para afianzar su poder. Ello en última instancia no supone otra cosa que el origen de las nuevas formaciones políticas a las que suele denominarse estado moderno. Hasta tal punto es esto así que, desde mediados del s. XIV pero sobre todo en el XV entre los letrados y el prín-

⁸² Véase para esto José M.^a GARCÍA MARÍN: *El oficio público*, pp. 31 y 32 entre otras.

⁸³ Véase Fernando MUÑOZ ROMERO: *Instituciones de gobierno*, pp. 187-189, donde cita bibliografía específica a la que se remite.

cipe se establece una relación estrecha, un compromiso de colaboración en virtud del cual cada parte persigue su propio interés, sin que ello suponga merma alguna, sino todo lo contrario, del interés general⁸⁴.

Algunas ideas expuestas hace años por J. H. Elliott explican con suficiente claridad cuales fueron las causas y las consecuencias de este proceso: «Estudiando la historia de la España de los Habsburgos es muy fácil olvidar los problemas sin precedentes y el heroico esfuerzo que implica dotar de gobierno efectivo un imperio global. Hasta ese momento ninguna sociedad europea se había enfrentado a una tarea administrativa de tal magnitud y complejidad... La corona española logró superar los problemas sin precedentes de tiempo y espacio, hasta el punto de impedir que las fuerzas centrífugas inherentes a un imperio mundial triunfaran sobre las fuerzas de control que emanaban de Madrid... En términos de organización burocrática bien desarrollada y dirigida profesionalmente, la España de Felipe II era el estado más avanzado en la Europa del s. XVI... el reto del imperio produjo, por tanto, una respuesta burocrática, en la forma de gobierno mediante papel, de una escala hasta entonces desconocida en Europa... Fueron estos letrados al servicio del gobierno, los que realmente mantuvieron unida la monarquía española...»⁸⁵.

Sin duda en los territorios americanos la política armonizadora o, si se quiere, unificadora, constituyó desde el principio todo un reto erizado de dificultades. Y ello no sólo por la extraordinaria amplitud de los nuevos dominios, sino también y en muy importante medida, por la dificultad de coordinar la enorme variedad que, tanto de orden político como social representaba la global realidad americana. Como ha sido puesto de relieve hace años aquí «no fue posible contar con el número suficiente de letrados a quienes pudieran encargarse los oficios de jurisdicción»⁸⁶, por lo que muchos de estos puestos de la justicia inferior (corregimientos, alcaldías mayores), fueron cedidos a individuos «de capa y espada», es decir, a militares⁸⁷. O lo que es peor, a personas de confianza de los virreyes, sin formación jurídica alguna y, desde luego, sin experiencia en los juzgados. De esta forma gente sin la menor preparación técnica fue puesta al frente de los corregimientos o las alcaldías mayores novohispanas. Ello a fin de cuentas no vino a significar otra cosa que un aumento del descontrol de estos funcionarios. Traducida en la práctica, esta prerrogativa virreinal de más que oscuro fundamento, daría origen a las innumerables formas de corrupción que azotaron durante tres siglos la vida tanto de españoles

⁸⁴ Me limitaré a citar mi artículo *La burocracia de Carlos V*, cit. Donde existe amplia bibliografía a respecto.

⁸⁵ J. H. ELLIOTT: *España y su imperio*, pp. 34, 35, 36, 38. Ver sobre esto José Antonio ESCUDERO: *Felipe II. El rey en el despacho*, Madrid 2002, más en concreto pp. 659 ss.

⁸⁶ Véase M.^a del Refugio GONZÁLEZ y Teresa LOZANO: *La administración de justicia*, en «El gobierno provincial en la Nueva España», coord.. Woodrow BORAH: UNAM, México 1985, pp. 76 y 77.

⁸⁷ Cfr. Benjamín GONZÁLEZ ALONSO. *La Justicia*, en «Enciclopedia de Historia de España», vol. 2, Madrid 1988, p. 384.

como, en mayor medida, de los naturales indios. Esto es algo que ya ha quedado apuntado y que se verá con mayor detalle más adelante.

Por una Real Cédula dada en Madrid el 17 de junio de 1606 Felipe III ordena de modo harto significativo aunque en modo alguno novedoso lo siguiente:

«... he mandado que los corregidores que de aquí adelante fueren de la ciudad de México de la Nueva España sean alternativamente letrados y de capa y espada, no embargante que hasta ahora todos hayan sido letrados, y para dar principio a esto he proveído en aquel corregimiento a don Garcí López del Espinar, que es de capa y espada, y porque las veces que tocare el serlo conviene que tenga teniente letrado que conozca y determine los pleitos y causas de justicia... he tenido por bien mandar... al dicho don Garcí López del Espinar y a los demás corregidores de su profesión que le sucedieren que tengan un teniente letrado durante el corregimiento de cada uno.»⁸⁸

De todas formas, un ejemplo de interés que demuestra que los hechos discurrieron por el camino indicado anteriormente, lo encontramos en el escrito que el Visitador general de la Nueva España y obispo de la Puebla de los Ángeles, Palafox y Mendoza, envía alarmado al rey a través del Consejo de Indias con fecha 24 de junio de 1641. Ya al comienzo del mismo hace saber a las altas instancias lo que sigue:

«En los Tribunales superiores se guarda alguna justicia, pero en los Alcaldes mayores poca o ninguna... los Alcaldes mayores que son los que inmediatamente después de la Audiencia representan a V.Md., son la ruina de todas estas Provincias, y los Magistrados menos necesarios en ellas.»⁸⁹

15. ACÁ TRATAMOS CON DIOS

Decía claro y decía bien El obispo Palafox en su informe. Sobre todo cuando hacía constar que en los tribunales superiores lo más que podía admitirse era que en ellos se hacía «alguna justicia». Su más severo juicio lo reservaba, sin embargo, para los alcaldes mayores, a los que sin atenuantes hace directos responsables nada menos que de la «ruina» de la Nueva España. Las múltiples razones que justifican tan duro juicio hacia éstos las conoceremos un poco más adelante. Sin embargo, tampoco olvida el visitador general, aunque sea de paso, dar un varapalo a los oidores de la Audiencia. Podía hacerlo porque para eso había sido designado por el soberano visitador general de la Nueva España

⁸⁸ Richard KONETZKE: *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica, 1493-1810*, vol. II. Primer tomo (1593-1659), Madrid 1958, doc. núm. 80, pp. 121 y 122. Ver Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano del Antiguo Régimen (1348-1808)*, Madrid 1970, pp. 167-169 y 268-269.

⁸⁹ AGI. México. Legajo 600, f. 1 a.

y, como tal provisto de los más amplios poderes⁹⁰. Los hechos venían atestiguando con implacable cadencia que los oidores tampoco quedaban libres de iguales o parecidos excesos en la administración de la justicia superior. No es nada infrecuente encontrar críticas desde los más diversos ámbitos hacia el proceder de aquellos. Puede decirse que tales críticas por parte de quienes se sentían directamente perjudicados, iban dirigidas a denunciar ante el propio monarca toda una variada gama de abusos⁹¹.

En una carta sin fecha enviada al entonces príncipe don Felipe por un antiguo abogado de la Audiencia de México, el Bachiller Diego Téllez se vierte la siguiente información: «... *los oidores pasados tuvieron toda la vigilancia en hacer sus oficios... al presente los que en ella residen están muy distraídos y se dan muy poco por el despacho de los negocios... gastan el abdiencia en hablar unos con otros al oído, vanse las horas en contar historias, en tratar mal a los vasallos litigantes... los presos peor que en cárcel perpetua, el que entra sale tarde o nunca, gastados, pobres y... se huyen y se escala la cárcel, así por españoles como por los naturales... un oidor con quinientos mil maravedís lleva de cincuenta mil maravedís arriba de dineros en cinco o seis años, que es cosa brava las contrataciones de mar y tierra que tienen... y lo que peor es que se hacen adorar de las gentes, porque en vuestras chancillerías de vuestros reinos de Castilla tratamos con hombres mortales, acá tratamos con dioses...*

⁹⁰ Guillermo CÉSPEDES DEL CASTILLO: *La visita como institución indiana*, en «Anuario de Estudios Americanos», III, Sevilla 1946, p. 23 y 25. Ismael SÁNCHEZ BELLA: *Eficacia de la visita en Indias*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», vol. L, Madrid 1980, p. 407 escribe a este propósito: «... hay que destacar la independencia de los visitadores, sobre todo los Generales, respecto de las altas autoridades indianas, Virreyes, Presidentes y Audiencias especialmente. Amparados en la amplitud de sus poderes o comisiones, dotados muchos de ellos de carácter enérgico, con una larga experiencia en Tribunales, bastantes veces en el de la Inquisición, solían actuar con una libertad y firmeza que imponía temor a los visitados y daba seguridad a los súbditos». Pilar ARREGUI ZAMORANO: *La Audiencia de México según los Visitadores. Siglos XVI-XVII*, México 1985, pp. 268 y 269 teniendo en cuenta los interrogatorios preparados por los visitadores para averiguar las irregularidades en que los oidores de la Audiencia habían incurrido en el desempeño de su cargo, concluye que los cargos formulados contra ellos pueden clasificarse de la siguiente manera: por incumplimiento del oficio (dilación de las causas, violación del secreto profesional, anomalías en el examen de los testigos, faltas de castigo, etc.); por actuar con parcialidad; por abuso de poder; finalmente por actuar no ya como oficiales públicos, sino como personas privadas (contratar con particulares, llevar una vida privada incompatible con su condición de juez, atropellos a los indios, etc.).

⁹¹ Aunque referida al virreinato del Perú, voy a referirme una vez más a una información procedente de Jorge JUAN y Antonio de ULLOA: donde es posible encontrar una de las descripciones más realistas y claras a propósito de las corruptelas en las que se veían involucrados tanto los virreyes como los oidores de la Audiencia, en una espiral delictiva de muy difícil remedio: «*La autoridad y despotismo... de los ministros de las Indias y particularmente del Perú, que es de los que podemos hablar con seguridad, está a correspondencia en el mismo pie que la de los virreyes... porque en alguna manera se halla ceñida la de éstos a haberse de sujetar a los dictámenes de la audiencia, de lo cual resulta que los virreyes, si son personas justificadas y de integridad, no puedan castigar por sí los desórdenes, aunque los conozcan, porque la audiencia los absuelve...*», y al revés, de forma que como señalan estos autores «*resguardándose recíprocamente los virreyes con la audiencia y este tribunal con los virreyes, ni sea averiguable quien cometió la falta, ni corregible el exceso*». *Noticias secretas de América, sesión décima, núm. 40, p. 448.*

que se visiten con residencia de juez... y sabrá vuestra alteza cómo se gobierna este reino... si... se visitaran de tres en tres años... a lo menos no se arraigarán los oidores como perpetuos...»⁹².

16. TENERLES HECHAS CAUSAS DE ALGUNOS DELICTOS A LOS INDIOS PRINCIPALES, Y A LOS QUE SON BULLICIOSOS Y PLEITEISTAS Y TENÉRSELAS POR SENTENCIAR PARA TENERLOS AMEDRENTADOS

Lo que sucedía era que el propio Derecho y el proceso penal regio propiciaba este tipo de desmanes, evidentemente con la vista puesta en la inexcusable aplicación de la justicia del rey y, no en menor medida, en la necesaria compensación económica de unos funcionarios mal retribuidos. Conviene recordar que los corregidores y alcaldes mayores, tanto en España como en las Indias, eran los verdaderos e indiscutidos «señores del proceso», especialmente del proceso penal, que no era otra cosa que el proceso del derecho regio. Al hablar del proceso nos estamos refiriendo a un conjunto de instituciones, un verdadero magma formalístico, por el que solo era capaz de transitar con soltura quien estaba en condiciones para hacerlo. Este era de forma casi exclusiva el juez «pagado por el rey», un agente del soberano profesionalmente impuesto en la hipertrofia lógico-formal, en el formalismo técnico-jurídico del Derecho y el proceso penal heredado de la tradición medieval. El jurista-intérprete ajeno y, mucho más aún, el simple ciudadano (qué decir de los incautos indios) podían fácilmente perderse entre los múltiples recodos y posibles trampas que facilitaban su propia complicación formal⁹³. Y no menos importante era que la propia corona estaba especialmente interesada en que esta situación se mantuviera. Más que nada por tratarse la materia procesal

⁹² Francisco del PASO Y TRONCOSO: *Epistolario de Nueva España*, tomo XIV, documentos sin fecha I, México 1940, núm. 834, pp. 155-157. Manuel Josef de AYALA: *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*, Madrid 1929, vol. II, p. 13, núm. 8: «Contemplando SM. El crecido número de Indios de la Nueva España, y por consiguiente los muchos Pleytos que tendrían entre sí y con los Españoles, y considerando también que por sus cortas facultades recibirían grandes perjuicios en la dilación de las sentencias, y permanencia en la Capital: Mandó a la de Nueva España destinase en lo sucesivo dos días a la semana y a más el sábado si no hubiese Pleytos de pobres para ver y fenecer los de los Indios...». Cédula de 7 de marzo de 1551. Cedulaario, tomo 10, fol. 409, núm. 698. El tema es recurrente, ya que sobre ello se insiste de nuevo en 1739, 1742 y 1749 para que sea el virrey quien vigile de cerca tanto la puntualidad como la asiduidad al trabajo de los oidores, con el fin de eliminar la costosa y perjudicial lentitud judicial. Ver sobre esto José LuÍs SOBERANES FERNÁNDEZ: *Los tribunales ordinarios*, en «Los tribunales de la Nueva España», México 1980, pp. 33 y 34.

⁹³ Como sabemos, desde el s. XIII se había establecido por el derecho territorial castellano el sistema de penas legales tasadas, así como también el de pruebas determinadas por la ley para cada caso concreto. En ambos casos de lo que se trataba era, por una parte relacionar únicamente con el monarca el derecho de castigar a los delincuentes y, de otra sujetar a los jueces a la hora de

penal de una institución estrechamente vinculada a los intereses políticos y económicos del monarca⁹⁴.

En 1544 Tello de Sandoval, visitador general de la Nueva España, otorga para todo el virreinato unas *Ordenanzas para la administración de justicia*. Lo hace en el uso de los amplios poderes que como visitador general le fueron conferidos por el soberano. Un examen somero de su contenido permite llegar a una conclusión interesante para nuestro propósito. Las Ordenanzas parecen responder a esa idea varias veces apuntada de conectar con el derecho castellano, que le sirve de referencia y aporta legitimidad, y al mismo tiempo ofertar soluciones para unas situaciones en buena medida diferentes. De lo que se trataba era de reformar o, más bien, de reorganizar la administración de la justicia inferior y concretamente cómo había de llevarse el orden de los procesos en primera instancia. Tello de Sandoval lo hace teniendo siempre a la vista el derecho castellano que tan bien conocía (*Ordenamientos de Cortes, Ordenanzas Reales de Castilla, Pragmáticas del Reyno, Fuero Real, Partidas*, etc). Pero no olvida algo realmente importante, que las medidas que las Ordenanzas contienen sólo pueden ganar en eficacia por su adecuación a la realidad de la Nueva España⁹⁵.

Posiblemente estas Ordenanzas poco pudieron hacer en la práctica de los tribunales por poner coto a los desmanes de corregidores y alcaldes mayores. La explicación de este hecho ya la conocemos, aunque no está de más insistir en ella. Constituidos estos agentes de la justicia, especialmente los españoles, en verdaderos «señores del proceso», especialmente del proceso penal del rey, en función de los conocimientos técnicos que tenían, las posibilidades de dañar los intereses de los indios e incluso de sus propios compatriotas legos en la materia era enorme. Y esto era así incluso tratándose del proceso reducido que los mismos jueces lograron imponer en Castilla a fines de la Edad Media en

determinar tanto la pena aplicable a cada caso, como el medio de prueba correspondiente al supuesto concreto. El principio de la pena tasada tenía, sin embargo, como excepción el principio contrario del arbitrio judicial. Este era, sin embargo, de aplicación muy frecuente en los casos en que la pena a imponer no era la ordinaria, sino una extraordinaria. En cuanto al otro principio de las pruebas tasadas, su finalidad era clara, obtener la mayor seguridad posible para los reos en los procesos criminales. Cfr. Para esto FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: *El derecho penal de la Monarquía absoluta* (ss. XVI, XVII y XVIII), Madrid 1969, pp. 23 y 24. Jesús VALLEJO: *La regulación del proceso en el Fuero real: desarrollo, precedentes y problemas*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», LV, Madrid 1985, p. 529. Miguel PINO ABAD: *La tacha de testigos en su evolución histórica hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Córdoba 2002, pp. 88 y 89. Del mismo autor *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Córdoba 1999, pp. 201-205. En p. 203 escribe: «lo cierto es que en atención a este arbitrio de los jueces nada nos debe impedir que quede abierta la sospecha de que los “ejecutores de la ley” irrogasen la pena de confiscación en muchos más de los supuestos reflejados en las fuentes jurídicas directas. Prueba palmaria de ello son las continuas quejas que emanaban de los juristas del momento...». Sobre este mismo extremo ver p. 205.

⁹⁴ M.^a Paz ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla*, p. 161.

⁹⁵ Véase ISMAEL SÁNCHEZ BELLA: *Ordenanzas del Visitador de la Nueva España Tello de Sandoval, para la administración de justicia (1544)*, en «Historia», núm. 8. Homenaje a Jaime Eyzaguirre. Universidad Católica de Chile 1969, pp. 492, 500, 501, 504-508, 511 y 512.

detrimento de las mayores garantías que ofrecía el «orden complejo» recogido en el derecho territorial castellano.

En efecto, las garantías jurídicas que un proceso igualitario como era el contenido en las *Partidas* permitían, fue sustituido en la práctica forense con la ayuda de la doctrina procesalista, por otro simplificado que reducía sustancialmente aquéllas en aras de la rapidez y en perjuicio del sistema isonómico que era la mayor virtud del anterior. Pero esto no es todo ya que si por principio el proceso penal atendía primordialmente a proteger el bien público, incluso con preferencia al particular de la parte ofendida, en la práctica lo que primó por encima de cualquiera otra finalidad fue el interés de la Hacienda, o lo que es igual el interés del rey. De este modo los jueces se transformaron en unos eficaces recaudadores de ingresos para el fisco a través de la aplicación de unas penas pecuniarias en las que ellos mismos tenían su parte por imperativo legal.

Si a esto se añade que en el derecho castellano los jueces no tenían obligación de motivar las sentencias, la importancia que el arbitrio judicial adquirió durante toda la Edad Moderna fue enorme. La tipificación de los delitos con la consiguiente fijación del tipo de pena aplicable a cada caso había sido un logro del derecho territorial castellano influenciado por el *derecho común*. La misión del juez había quedado circunscrita a la aplicación mecánica de cada pena para su correspondiente delito. Sin embargo y, fundamentalmente, por la influencia doctrinal, el anterior sistema pasó a ser sustituido por un mecanismo más abierto pero también más cargado de indeterminación a la hora de aplicar el castigo. En esencia, la nueva fórmula permitía al juez valorar subjetivamente las circunstancias concurrentes en cada delito, así como aplicar a su arbitrio el castigo que estimara más conveniente al caso⁹⁶. Sin duda se trataba de una solución bien meditada pero también llena de peligros. Por una parte las garantías jurídicas de las partes quedaban seriamente limitadas, no sólo por la propia simplificación de los trámites procesales, sino también por la libertad permitida a los jueces a la hora tanto de interpretar la norma como de aplicar la pena. Todo ello sin valorar los efectos previsibles que el incremento de las penas pecuniarias sobre otras, o además de las otras, podían originar –como originaron– para el patrimonio de los que fueran condenados. Puede decirse que este era el sistema que se venía aplicando en Castilla al momento de la incorporación de las llamadas Indias Occidentales.

En el s. XVII un eclesiástico como Jerónimo Moreno, cuyo ministerio le llamaba a ejercer la protección de los considerados oficialmente como «miserables» indios denunciará crudamente algunos de los medios procesales, o de otra naturaleza utilizados por los justicias para enriquecerse a costa de los naturales. Así, expresará que «... *lo primero que haze el Corregidor o Alcalde Mayor que viene a un cargo es informarse del que acaba de los géneros en que puede granjear, el qual le advierte de todo, y del modo con que ha de proceder... si el predecesor fue injusto, el que le sucede es injustísimo... Otros hay, que incitan a que azoten a los Indios, diciendo que es gente que a palos ha de*

⁹⁶ Véase M.^a Paz ALONSO: ROMERO, *El proceso penal*, pp. 75, 100, 148, 160, 260 y 261.

hazer virtud, como si fuese contra virtud defender sus haciendas... Otros... cogen a los Indios en descampado, y los azotan porque trajeron decretos o prohibiciones para no hilar, o para que los reserven de otros oficios en que los ocupan con grande trabajo... Otros dizen, que para su quietud pertenece tenerles hechas causas de algunos delictos a los Indios principales, y a los que son bulliciosos y pleiteistas y tenérselas por sentenciar para tenerlos amedrentados... considere el testigo falso que jura con mentira en las residencias, que es él el que con su dicho condena al pobre inocente, que es el Indio, y libra al reo y culpado que es el Alcalde Mayor...»⁹⁷.

¿Y qué decir de los repartimientos de bienes entre los indios que era competencia asignada a los corregidores por añadidura en el ámbito de su distrito? En realidad no era otra cosa que una fórmula más para hacer de una obligación «extra» que tenían atribuida un nuevo medio de tiranizar a los naturales y, al paso, de complementar lucrativamente con este nuevo capítulo sus ingresos arancelarios. Lo que sucedía era, una vez más, que la administración miraba para otro lado mientras dejaba al corregidor o alcalde mayor ejecutar este nuevo cometido –que para nada tenía que ver con la administración de la justicia– a plena libertad. Los autores del informe que antes comentamos hacen saber a las autoridades peninsulares que, de este modo «*llevando consigo las mercancías que han de repartir, van asignando la cantidad y especie que les parece a cada indio, y arbitrariamente imponen en ellas los precios que les parecen*»⁹⁸.

17. VUESTRA ALTEZA LOS HACE JUECES POR SU REAL VOLUNTAD

Debo decir que sería un error por mi parte manifestar que un problema que en justicia ha de calificarse de arduo, cual es la duración que debían tener los oficios de justicia, constituyese patrimonio exclusivo de los jueces de grado inferior, es decir, corregidores y alcaldes mayores. De tal modo que aquellos otros que ejercían como oidores en la instancia superior que era la Audiencia de México permanecían al margen de este tipo de problemas. El licenciado Diego Téllez, al que ya me he referido anteriormente, sostenía en este punto una opinión que nos ilustra no poco sobre el talante de los oidores mexicanos. Con referencia a estos últimos, a los que conocía muy bien, en su carta no

⁹⁷ Jerónimo MORENO: *Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros de justicia de las Indias, y para sus Confesores*, México 1637, ff. 2 vto., 5 vto., 6 y 39 vto.

⁹⁸ Jorge JUAN y Antonio de ULLOA: *Noticias secretas de América*, sesión cuarta, núm. 19, p. 221. Sobre como funcionaba este mecanismo de tan lucrativos resultados para el justicia, ver núms. 17 y 18, pp. 220 y 221. En núm. 30 denuncian que «no está reducida toda la tiranía de los repartimientos a la exorbitancia de los precios, sino que se extiende también a las especies que les reparten, las cuales, por la mayor parte, son género de ningún servicio o utilidad para los indios. En España se suele hablar de esto, teniéndolo más por exageración que por realidad, y no se dice lo que verdaderamente pasa, porque las noticias llegan ya disminuidas». Véase núm. 31, pp. 227 y 228.

fehada al príncipe Felipe criticaba abiertamente el modo despótico de proceder los mismos, así como su abierta inclinación a contratar con particulares, y ello: «diciendo que son perpetuos, porque vuestra alteza los hace jueces por su real voluntad, y siendo así son habidos por perpetuos según derecho, y como vecinos dicen que pueden contratar y esto vuestra alteza lo tiene excluido por vuestras leyes reales... dicen a esto que no se entiende en juez perpetuo sino en temporal... olvidados de la razón de la prohibición que tiene más justa causa en el perpetuo que en el temporal...»⁹⁹.

Si no he comprendido mal los oidores mexicanos entendían que su cargo era perpetuo, «según derecho» por la sencilla razón de haber sido designados por el rey. Como consecuencia de esta permanencia en el lugar del cargo, habían de ser considerados vecinos de la capital y como tales exonerados de la prohibición de contratar libremente que afectaba exclusivamente a los jueces temporales. Como sabemos, un cargo jurisdiccional podía ser perpetuo por razones de venalidad o patrimonialización, es decir, por haber sido adquirido mediante precio, circunstancia que lo hacía transmisible a los herederos. También podía tener tal condición por haber sido otorgado por el soberano con carácter perpetuo (*sine temporis praefinitione*, por juro de heredad o por una o varias vidas) por alguna razón particular. Lo cual no es lo mismo que decir que el solo hecho de haber sido designado por la «real voluntad» constituía el único e indispensable requisito que transformaba a un oidor en magistrado perpetuo «según derecho». La designación regia es elemento indispensable para acceder a un oficio público, pero no lo es para transferir al designado la cualidad de detentador perpetuo del mismo. Por otra parte, no andaba falto de lógica la apreciación del licenciado Téllez de que la prohibición de contratar tiene más sentido en los cargos perpetuos que en los temporales. Puede que sí, pero también puede que no. En todo caso me referiré a esto último un poco más adelante.

18. EN ALGUNAS PROVINCIAS CONVIENE PARA CONOCIMIENTO DE LAS MATERIAS QUE LOS MINISTROS TENGAN DURACIÓN EN ELLAS Y QUE NO DEJEN EL SERVICIO DE VM., CUANDO CON INTELIGENCIA LLEGAN A OBRAR EN MAYOR APROVECHAMIENTO PÚBLICO

En una importante consulta del Consejo de Indias de 23 de julio de 1627¹⁰⁰ se percibe un matiz interesante que, por otra parte, debo añadir carecía de novedad. Se trata en ella el viejo tema de la prohibición de arraigar en sus destinos los oidores de las Audiencias, así como de contraer matrimonio él y sus hijos o enriquecerse a través de actividades lucrativas estimadas incompatibles

⁹⁹ FRANCISCO DEL PASO Y TRONCOSO: Epistolario de Nueva España, tomo XIV, cit. núm. 834, p. 157.

¹⁰⁰ RICHARD KONETZKE: *Colección de documentos*, vol. II, núm. 197, pp. 301-305.

con su actividad. Y lo que llama la atención es que en la respuesta del Consejo se advierte una nada velada oposición de los consejeros a que se mantengan tales prohibiciones. Lo cual equivale a decir que, una vez más, la voluntad de éstos parece inclinarse del lado de las pretensiones e intereses de los oidores de la Audiencia. Lo que sucede en este caso, y no solo en este, es que la toma de posición de los consejeros de Indias viene avalada en algunos puntos por el despliegue de argumentos bastante coherentes.

La debatida cuestión de que la provisión de una plaza de oidor debía hacerse con la condición de que el designado no pudiese residir en una misma Audiencia más de cinco o seis años, motiva una serie de consideraciones y también de divagaciones entre los consejeros de Indias, que merecen ser tenidas en cuenta. Como se sabe, el tema de la duración de los cargos de los oidores es uno de los asuntos que de forma recurrente se vio obligado a abordar el Consejo de Indias. Y ello ante el sistemático incumplimiento de las cédulas y provisiones que con profusión emanaron de la corona y cuya finalidad era la de evitar las negativas consecuencias que el enquistamiento de ciertos funcionarios en sus destinos traía consigo. Por supuesto que el tema del arraigo de los oidores estaba en íntima conexión con otro hecho de no menor relevancia a los ojos de los gobernantes de Madrid. Se trataba de la previsible circunstancia de que aquellos decidiesen contraer matrimonio en sus lugares de destino, algo que el poder central también veía con malos ojos. Entre otras cosas porque la concurrencia de ambas circunstancias solía traer consigo, de forma poco menos que inevitable, una tercera de aún peores consecuencias. Me refiero a la tentación que frecuentemente asaltaba a los ministros de la justicia de lograr el enriquecimiento a través de vías ilícitas. Sobre todo una vez conscientes de haber alcanzado, junto a la estabilidad familiar, cierta inamovilidad en el cargo.

En esta ocasión, una vez más, la consulta iba dirigida a obtener de los consejeros su parecer sobre un hecho concreto. Algo que la experiencia burocrática parecía venir demostrando de forma poco menos que inexorable: el matrimonio de los oidores en el lugar de destino podía dar lugar al tan temido arraigo y con ello a que sucumbiesen a la fácil tentación de adquirir por medios no legítimos «*cierta cantidad de hacienda*», por encima de lo que pudieran permitir las normales ganancias de un alto ministro de la justicia. En definitiva, una «hacienda» de difícil justificación. Justamente aquella que «*el Consejo pareciere que no pueden adquirir en tan poco tiempo*». Una vez demostrado esto sólo quedaba tomar una decisión, que no podía ser otra que «*declararlos por malos jueces*». Como es fácil advertir la consulta regia había dejado subrepticamente en manos de los consejeros de Indias el pronunciarse sobre unos temas ciertamente controvertidos. En efecto, según los términos en que se hizo la consulta el Consejo debía adoptar un acuerdo sobre cual debía ser la duración aconsejable de los cargos de oidores. También, y simultáneamente, debía hacerlo sobre si se les debía permitir que contrajeran matrimonio en el lugar donde prestasen sus servicios. Finalmente y considerando que la tendencia al enriquecimiento era poco menos que un mal inevitable, se le pedía su

parecer sobre una cuestión tan espinosa como aleatoria. Que se pronunciase sobre cual debía ser, a su juicio, el tope de riqueza permisible en un oidor durante el tiempo de permanencia en el cargo, por encima de la cual habría de recaer sobre el infractor la sospecha de ser un «mal juez» y, por tanto, considerarlo sujeto a los castigos previstos para tales casos.

Da la impresión de que la representación que el Consejo eleva al rey en la fecha indicada, en buena medida supuso un jarro de agua fría a los designios soberanos. Según los consejeros, una de las circunstancias en las que más se debía reparar en los ministros enviados a lugares tan distantes de la península era la de si realmente eran idóneos para ocupar tales cargos. Entre otras cosas porque de sus acciones dependía algo tan esencial a la real conciencia como eran «*los aciertos en el gobierno y en la administración de justicia*». Cautela muy a tener en cuenta en quienes servían en las Indias puesto que sus errores, a diferencia de los que prestaban sus servicios en España, sólo podían remediarse pasado largo tiempo. Existiendo siempre el riesgo de que tal remedio llegase demasiado tarde.

Consideran en el Consejo que SM debía tener muy en cuenta antes de tomar una decisión al respecto el papel principalísimo que las Audiencias cumplían en provincias tan distantes (el Consejo las consideraba «*verdaderos presidios que las defienden*»). Y si esto es así, no cabe duda de que tan trascendental objetivo nunca se conseguiría verdaderamente si la autoridad de los oidores quedase reducida a un tiempo limitado, como es el caso de los cinco o seis años. Bien es cierto que siempre cabía acudir en estos casos al fácil expediente de prorrogar sus funciones cuando el comportamiento de los jueces los hiciese merecedores de ello. Sin embargo, aunque esta medida supondría un claro reconocimiento a sus méritos, para el Consejo su puesta en práctica de forma sistemática presentaba un obstáculo difícil de salvar. Y es que, puesto que los oidores no podían servir en sus destinos más de seis años, la única solución para que continuasen en sus cargos pasaría por que fuesen promovidos «*de unas Audiencias a otras, sin que en algunas de ellas estuviesen más de seis años que es lo que mira la orden de VM*».

Vistas así las cosas, entendían los consejeros que la continua movilidad de los oidores traería consigo, además, un mal mayor que el que con ella se trata de atajar, puesto que «*se impidiera con este medio la libertad de la administración de la justicia*». No sólo por el hecho de enfrentar de nuevo al oidor con reiteradas molestias anejas a los frecuentes cambios de destino. También debían ser tenidas en cuenta las poco menos que inevitables amenazas de los poderosos y otros obstáculos para el desarrollo de su tarea en el nuevo destino. Pero eso no era todo. También existía otro inconveniente de no menor envergadura. Si por promoción ha de entenderse el ascenso del oidor a plazas de mayor importancia, vendrían «*en pocos años todos a parar en las Audiencias de Lima y México, que es imposible*». En cambio, si se opta por promoverlos a plazas menos importantes, el problema sería aún peor ya que el nuevo cambio de destino sería interpretado por el ministro de la justicia como un castigo. La reacción lógica de quien de esta manera viese correspondido su buen hacer sería

muy posiblemente «adquirir con extorsiones y molestias hacienda que bastase a suplir sus riesgos y las costas de la mudanza». Pero aún hay algo más, según interpretan los miembros del Consejo. Si tenemos en cuenta que lo óptimo para lograr un buen juez consiste en que confluyan en él tanto ciencia como experiencia¹⁰¹, está claro que «en algunas provincias conviene para conocimiento de las materias que los ministros tengan duración en ellas y que no dejen el servicio de VM, cuando con inteligencia llegan a obrar en mayor aprovechamiento público».

Puesto que casamiento en el lugar de destino y arraigo en el mismo son como dos caras de la misma moneda, los miembros del Consejo abordan el vidrioso tema del matrimonio de los oidores con la prevención de tratarse ésta de una materia extraordinariamente comprometida. Y lo es sencillamente «porque a la libertad de los matrimonios favorece el derecho divino, natural y humano y la conservación política de la república». Lo cual no ha impedido que a lo largo de los siglos y para evitar las arriesgadas dependencias de la más variada índole que pudieran originarse entre los jueces y los residentes en el territorio, los gobernantes hayan prohibido la celebración de matrimonios entre ciertos ministros y sus hijos con los administrados¹⁰². Esta lógica prevención aparece recogida en las leyes de Castilla, con ciertas limitaciones. Sin embargo, en el caso de las Indias las cédulas reales mantienen la prohibición sin límite ni excepción alguna, castigando a los oidores, alcaldes y fiscales que la incumplan no sólo con la pérdida de su cargo, sino también con la inhabilitación para obtener otro igual. Podemos decir que, una vez más, la «singularidad» indiana tenía su reflejo en asunto tan importante para la vida de ciertos ministros de la corona. Para la vida de éstos y en el modo cómo la administración de justicia debía ser entendida y ejecutada¹⁰³.

El hecho de que las cédulas prohibitivas se hubiesen cumplido y el castigo de la infracción ejecutado, da suficiente cuenta de la determinación de la corona en aplicar este tipo de normas a los oidores. Sin embargo, el Consejo entiende que hacer extensiva tal prohibición a todas las Indias es lo mismo que prohibir definitivamente el matrimonio a los ministros de las Audiencias. Visto el problema desde esta perspectiva, los consejeros entienden que «con esta circunstancia de imposibilidad o dificultad no se debe admitir la ley de que no

¹⁰¹ Véase José M.^a GARCÍA MARÍN: *El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público en la España de los Austrias*, en la obra del mismo autor «Teoría política y gobierno en la Monarquía Hispánica», Madrid 1998, pp. 15-42.

¹⁰² Véase José M.^a GARCÍA MARÍN: *El oficio público*, pp. 302 y 303. También *La burocracia castellana*, p. 276.

¹⁰³ En carta desde México del licenciado Valderrama al rey de 24 de febrero de 1565 eleva denuncia expresa sobre la incorregible tendencia del virrey Velasco de favorecer a sus familiares y allegados. Pero en esta ocasión tampoco deja fuera de sus duras acusaciones a los propios oidores de la Audiencia: «... y algunos de los oidores también lo están (quiere decir emparentados), y así pocos negocios dejan de tocar a los unos y a los otros y todos tienen padrinos, porque cada día se han menester los unos a los otros». *Carta del licenciado Valderrama a Su Majestad. México 24 de febrero de 1564*, en «Documentos para la historia del México colonial», tomo VII, núm. 8, p. 89.

se casen en ciertos lugares y distritos ciertas personas... con mayor razón por ser tan distantes entre sí las provincias y de estos (reinos) tan apartadas».

19. NO HAY MAYOR DESIGUALDAD QUE TRATAR IGUALMENTE LAS COSAS DESIGUALES

Por último aborda el Consejo la delicada cuestión que supone determinar qué cantidad de ganancias, o de hacienda, debía ser considerada a su entender excesiva como para llegar a comprometer el futuro profesional del juez. Por supuesto partiendo de la base, asentada en las cédulas y provisiones regias, de que *«los que se hacen ricos en el servicio de los príncipes se presume que lo son con indebidamente ganancias».*

Entienden los consejeros que este tipo de sospechas es más propio de los oficiales que administran la real hacienda. Consideran que la opinión doctrinal se inclina a interpretararlo de esta forma. Pero tratándose de los oidores de la Audiencia de México el asunto se presenta de distinta manera. Y ello por la sola razón de que la opinión generalizada es que tal sospecha de enriquecimiento injusto no parece alcanzar a quienes administran justicia. Al menos la práctica enseña que *«ellos fundan (con argumentos jurídicos) contra presunciones y el derecho defiende su reputación e inocencia».* Argumentan, por otra parte, que *«los medios para la averiguación no se pueden hallar concluyentes»* cuando de lo que se trata es de demostrar la existencia de culpabilidad en estos casos siempre enrevesados. Es decir, *«si la calificación del delito consistiese solamente en el exceso de la cantidad que se les señalase y diese por justa».* El argumento que los consejeros esgrimen aquí no está falto de lógica. Estiman que el parámetro a considerar para determinar lo obtenido ilícitamente no debe ser unívoco, sino que ha de apoyarse en una distinción previa. Ha de diferenciarse entre quienes añaden a sus ingresos funcionariales el cómputo de su hacienda personal y quienes viven y gastan sólo en función de los ingresos de su oficio. Si para lograr el objetivo perseguido se trata a ambos grupos de personas indistintamente, podría suceder que *«los que pródigamente gastasen su hacienda en cosas y gastos ilícitos... serían mejores que aquellos que con cordura ahorrasen lo que lícitamente ganasen»*, de tal manera que *«diez mil ducados adquiridos en cinco o seis años... serían menor cantidad que cinco mil en otros».* Desde este punto de vista el Consejo es del parecer de que aplicando la misma regla a los dos tipos de personas, se llegaría a una situación injusta, puesto que *«no hay mayor desigualdad que tratar igualmente las cosas desiguales».*

La respuesta del soberano dada en Madrid a 2 de diciembre de 1627 demuestra que no estaba dispuesto a cambiar mucho las cosas tras recibir el parecer del Consejo. Ordena que se renueven las cédulas que prohíben el matrimonio en Indias de los oidores y demás ministros de las Audiencias, incluso con aumento de las penas para los infractores. En cuanto al tiempo de duración en los cargos, manda que por ahora no se les señale tiempo determi-

nado. Pero advierte al Consejo que debe consultarle a la hora de proveer plazas menores en quienes comienzan a servir los oficios y cuando vacaren plazas de mayor importancia también le consulten sobre proveer en sujetos que hayan servido en plazas menores para efectuar el cambio de una Audiencia a otra. Como principio general a tener en cuenta para el futuro, ordena que los que hubieran servido bien en una plaza anterior de oidor, continúe en ella hasta nueva orden.

Que existían sobradas razones para que el gobierno tomase cartas en el asunto de los justicias se demuestra, entre otras razones al alcance de cualquier observador atento, por la minuciosa atención que el influyente y bien informado Solórzano presta al asunto. Lo primero que merece su atención es algo ya conocido: había que tener muy presente que el principal problema a resolver estaba relacionado con «*las cuentas que se les toman de las caxas de los Indios y otras cobranzas*» a los corregidores. Es decir, había que atender con urgencia a algo que venía siendo fuente de la mayor parte de los excesos en que se hallaban involucrados los agentes de la justicia. Me estoy refiriendo a la un tanto insólita relación de éstos con la cobranza de los impuestos dentro de su jurisdicción, fraguándose de este modo una no menos insólita suplantación por los justicias de los oficiales de la real Hacienda.

De igual modo se deduce de su planteamiento que el mencionado asunto no podía ser separado de otro que, de hecho, estaba estrechamente ligado al anterior. Se trata del factor tiempo. Por ello nos dice: «*porque se llegó a pensar en el Real Consejo de las Indias que estos excesos de los corregidores serían menores mientras por menos tiempo se les diesen los oficios*», se ordenó mediante cédula que los virreyes sólo los nombrasen por un año. Sin embargo, esta solución fue inmediatamente protestada por la Audiencia de Lima alegándose que la larga distancia de algunas provincias originaba que la mayor parte de ese tiempo se empleaba por los corregidores en acudir a su lugar de destino. Estimando lógica la protesta, por cédula de 21 de mayo de 1621 se ordena que cuando los corregimientos fueren provistos por los virreyes en sus provincias, la duración del cargo fuese «*por dos años y no uno*», haciéndose especial hincapié en que «*no se había de consentir ni disimular que, cumplido este tiempo, se les diese prorrogación alguna*». Desde luego la nueva medida tampoco sirvió para resolver el problema de fondo, es decir, el de forzar la probidad de estos jueces de nombramiento virreinal a través de una reducción del tiempo de su mandato. Según nos informa Solórzano los excesos judiciales seguían cometiéndose, hasta el punto de que «*porque se tuvo noticia en el Consejo que los Virreyes del Perú daban fácilmente estas prorrogaciones, se les reprendió ásperamente*»¹⁰⁴.

Resulta fácil explicarse la dificultad que encerraba resolver satisfactoriamente el enconado problema de la duración de los corregimientos. Sobre todo si tomamos en consideración dos factores que normalmente venían concatena-

¹⁰⁴ Juan de SOLÓRZANO PEREIRA: *Política indiana*, Tomo III, manejo la ed. De Madrid 1996, lib. V, cap. III, núm. 28, p. 1877.

dos. El primero, ya conocido por las autoridades desde los tiempos bajomedievales, porque la mayor o menor duración del cargo afectaba de forma directa a las posibilidades reales de estos funcionarios judiciales de lograr el enriquecimiento por cualquiera de las vías tantas veces denunciadas como a todas luces irregulares. El segundo, porque como tendremos ocasión de comprobar, al tratarse de oficios de designación virreinal existía el más que probable riesgo de que las más altas autoridades en Indias y, sobre todo el virrey, no fuesen del todo ajenos a este tipo de corruptelas en las que se hallaban incursas personas de su entorno y su confianza.

20. LOS ALCALDES MAYORES SE PROBEEN POR LOS VIRREYES Y EL MÁS RECTO Y LIMPIO LOS PROBEE EN SUS CRIADOS Y PARIENTES SIEMPRE

El Visitador general Palafox había puesto el dedo en la llaga cuando en su informe de 1641 al soberano pone en su conocimiento que «*Los Alcaldes Mayores se probeen por los Virreyes y el más recto y limpio los probee en sus criados y parientes siempre, y reconócese en que el Marqués de Caldereita que ha tenido en esta parte muy buena opinión ha dado todos estos oficios a sus parientes, sobrinos e hijos de su hermana y a todos los demás de su casa, sin que oficio considerable aya salido de ella*»¹⁰⁵. En fin, que la probidad del virrey Caldereita parecía no haber quedado en entredicho a pesar de haber incurrido en la viciosa práctica de situar en buenos y rentables puestos a aquellos que le rodeaban y a los que quería «beneficiar» a costa de lo público. Y lo más alarmante era por haberlo hecho con tan rotundo desprecio de las normas que exigían conocimientos jurídicos en quienes habían de desempeñar puestos de justicia. El virrey había tenido la fortuna de cometer tan usual tropelía y no por ello había dejado de ser acreedor a la «buena opinión» del pueblo. Y además no debe olvidarse que todos estos cargos eran otorgados, como mínimo, para el tiempo de duración del mandato virreinal. En definitiva nos encontramos de un golpe con: falta de cualificación en los designados alcaldes mayores, duración de la prebenda a voluntad del provisor y, por si esto fuera poco, manos libres para operar *pro domo sua* por cada uno de los así recompensados¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Carta del visitador Palafox y Mendoza al rey de 24 de junio de 1641. *Archivo General de Indias* (AGI). México, legajo 600, f. 1 a.

¹⁰⁶ No tuvo la misma suerte que el marqués de Caldereita don Luis de Velasco, quien tuvo la desgracia de tropezar en su camino con el tenaz visitador Jerónimo de Valderrama. Este último en 1564 hace la siguiente denuncia al rey: «... *El Virrey proveyó en uno* (se refiere a un corregimiento) *a su mayordomo. Estórbelo. Díjole que saliese de su casa para que no dijese que era su criado y tornóle a proveer en otro oficio. Estórbelo también... mostróme un capítulo de carta de Vuestra Majestad en que dice que no le está prohibido proveer a los que hubieran sido sus criados en cosas que no requieran residencia. Tornó tercera vez a proveerle y mandóle ir a residir en el corregimiento... he detenido mandamientos en que se dan estancias contra lo proveído por*

21. DE LO QUE HA TREINTA AÑOS QUE PASÓ, QUE NO PESABA UNA PAJA HACELLO

Pero no sólo es eso. El obispo de Puebla de los Ángeles recuerda al rey y a su Consejo de Indias su reiterada exhortación de que los mismos oficios de justicia puedan tener un destino más adecuado que el de transformarlos en mera granjería para uso y disfrute del virrey y sus deudos y allegados. En vez de ésto, que a lo único que conducía era a que tales cargos fueran desempeñados por personas no idóneas, con la larga serie de abusos que ello llevaba consigo, propone una solución ya conocida y que podríamos denominar más política y, a la vez, más justa. Se trataba de que los mismos sirvieran para algo de mayor utilidad, como por ejemplo «*para dar algún entretenimiento a los conquistadores*». Entre otras razones porque la solución anterior, con independencia de que en la generalidad de los casos sólo conducía a beneficiar a personas sin méritos, tenía además un efecto secundario digno de ser tenido en cuenta. Se trataba de una medida destinada indefectiblemente a frustrar las legítimas expectativas de individuos con mayores merecimientos para ser destinatarios de tales cargos y, por lo tanto, a «*indignarlos e irritarlos, viendo que un mozo de Cámara de un Virrey que subió de menos que pase a este puesto, presida a los nietos y herederos de los que se hallaron en esta conquista. Y si les dan algunos oficios a los Criollos les cuesta su dinero y lo pagan con la misma publicidad... que los oficios vendidos en esa Corte*»¹⁰⁷.

La propuesta de Palafox no era, desde luego, nueva. Ya casi un siglo antes el visitador general de la Nueva España, el licenciado Jerónimo de Valderrama en carta al rey de 24 de febrero de 1564 recomendaba vivamente al monarca que ciertos puestos, como corregimientos y sus tenencias se repartieran entre las *personas que más han servido*. Incluía en este grupo a los conquistadores y sus hijos y yernos, así como los pobladores antiguos. A su modo de ver operar de manera diferente sólo llevaba a recompensar a *los que no lo merecen* con grave ofensa de quienes se consideraban con más derecho a ello¹⁰⁸.

Lo que sucede, en éste como en otros muchos casos de la vida diaria y más aún en la vida política, es que el tema de los merecimientos con vistas a una

*Vuestra Majestad...» Carta del licenciado Valderrama a Su Majestad en su Real Consejo de Indias. México 8 de junio de 1564. En «Documentos para la historia del México colonial», publicados por F. SCHOLÉS y E. B. ADAMS, VII, *Cartas del licenciado Jerónimo Valderrama y otros documentos sobre su visita al gobierno de Nueva España, 1563-1565*, México 1961, doc. 11, p. 122. Los documentos 28 (pp. 205-217) y 29 (pp. 217-229) contienen una exhaustiva relación de los cargos y prebendas otorgados por el virrey Velasco entre parientes y criados.*

¹⁰⁷ AGI. México, legajo 600, f. 1 vto.

¹⁰⁸ *Carta del licenciado Valderrama a Su Majestad. México 24 de febrero de 1564, en «Documentos para la historia del México colonial». Tomo VII, doc. núm. 8, p. 90. En núm. 7, p. 62 insiste en los mismos términos: «... y que estos oficios (se refiere a los corregimientos)... se provean a personas hábiles y de confianza, y habiendo conquistadores o hijos o yernos que lo sean, se prefieran, y si no los hubiere, se den a otros, y lo que sobrare, pagados estos corregidores o alcaldes mayores, de lo que agora se gasta se dé a conquistadores y a otras personas a quien Vuestra Majestad tiene obligación y voluntad de hacer merced...».*

recompensa ha sido siempre un asunto bastante espinoso. Digamos que en muchos casos ha constituido más una cuestión de pareceres –casi siempre interesados y desde luego contrapuestos– para quienes están llamados a valorarlos y, en su caso, premiarlos, que de volumen y calidad en los méritos por parte de quienes se hallan en la triste situación de solicitarlos. Lo que para algunos podía constituir una razón de peso para obtener un determinado reconocimiento oficial, para otros podía significar justamente lo contrario.

Pondré un ejemplo sobre esto. En 1560 el oidor Vasco de Puga se dirige a Felipe II en demanda de justicia para los *tristes españoles que en esta tierra vivimos*, frente a las arbitrariedades del virrey Velasco. Recogiendo el sentir de aquéllos representa ante el rey la injusticia que supone el que *los pobres conquistadores que han ganado la tierra a vuestra majestad* reciban como recompensa a sus muchos sacrificios y lealtades el desprecio más absoluto por parte del virrey. Pero no sólo se trata de que tales españoles vean frustradas sus esperanzas de ver reconocidos sus méritos en forma de oficios públicos tales como corregimientos o alcaldías mayores. Se trata incluso de que cuando acuden a la audiencia en demanda de justicia para estas y otras reivindicaciones, tampoco la alcanzan ya que *como él* (don Luis de Velasco) *se halla presente como presidente que es della, no nos la hacen, ni osan acella, ni pueden ni se la deja hacer*. Pero con ser mala cosa que quien por su autoridad ha de dar ejemplo de rectitud en su proceder, actúe arbitrariamente, peor es, si cabe, la adopción previa y sin más de un talante despreciativo ante las demandas de los súbditos. Repárese si no en la opinión que el virrey tenía de los méritos alcanzados por aquellos españoles que estuvieron presentes en la conquista y los que llegaron a la Nueva España en los primeros años siguientes. Las amargas quejas del prestigiado oidor sólo obtuvieron la muy hispánica respuesta del altanero virrey en el sentido de que «*de lo que ha treinta años que pasó, que no pesaba una paja hacello...*»¹⁰⁹.

El hecho de que muchos de estos representantes de la justicia en su grado inferior, como es el caso de los corregidores y alcaldes mayores, fueran cargos de designación virreinal, añadía al problema si cabe un punto más de gravedad. La más que probable explicación a esta circunstancia nada irrelevante, por cierto, ya la hemos mencionado. Podía hallarse en que el interés virreinal por controlar este tipo de oficios, con la amplia gama de posibilidades de ganancias que representaban, tuviese una explicación por fuera del mero ejercicio de competencias virreinales.

El aparatoso enfrentamiento entre el virrey de la Nueva España conde de Salvatierra y el visitador general Palafox resultó ser algo más que un mero incidente protocolario¹¹⁰. Cuando el obispo Palafox denuncia escandalizado ante el rey las probables conductas de los alcaldes mayores designados por

¹⁰⁹ *Carta del oidor Vasco de Puga a Felipe II de 10 de mayo de 1560*, en Francisco del PASO Y TRONCOSO: *Epistolario de Nueva España*, tomo XV. Documentos sin fecha. México 1940, núm. 863, pp. 96 y 97.

¹¹⁰ Sobre las normalmente difíciles relaciones entre virrey y visitador general, ver Guillermo CÉSPEDES DEL CASTILLO: *La visita como institución indiana*, pp. 25 y 26.

aquel entre sus criados y allegados, está sacando a la luz algo más que los excesos de unos agentes de la justicia. Si se tratara de esto último la información al Consejo de Indias no pasaría de ser un memorial ya rutinario sobre el modo de actuar de aquellos. Enseguida veremos que el problema suscitado entre ambas autoridades superó con creces esto último, hasta llegar a sumir en la consternación a los miembros del Consejo de Indias. Pero una cosa no quita la otra y el visitador general era consciente de los numerosos problemas que tan indeseable práctica acarrearba para el normal curso de la justicia.

22. EL VIRREY RESPONDIÓ QUE ESTABA CON RESOLUCIÓN DE CONTINUAR CON LAS DICHAS PROVISIONES SIN EMBARGO DE MI REAL CÉDULA

En la ya mencionada carta de 1641 Palafox hace saber al soberano algunos detalles sobre el particular: «*cada uno de los alcaldes mayores tienen de renta en las Reales Caxas de 300 a 500 pesos y siendo así que no les basta para llegar al corregimiento al que van, entran necesitados al tratar y contratar y a vivir y enriquecerse del sudor de estos Indios y de las violencias que les hacen a los Españoles*»¹¹¹. De forma bastante resumida, aunque elocuente, estos eran los resultados que cabía esperar de una permisividad que la corona venía manteniendo prácticamente desde hacía casi un siglo. Y no andaba falto de razón si tenemos en cuenta las numerosas ocasiones en que desde el poder central se había recordado a los virreyes la prohibición de proveer ciertos cargos, especialmente de justicia, en parientes, criados y allegados. Concretamente, en una Real Cédula de 4 de agosto de 1626 dirigida al fiscal de la Audiencia de México Ldo. don Diego de Argüello Carvajal, se había vuelto a insistir sobre la obligación de cumplir y hacer cumplir la prohibición contenida en otras disposiciones anteriores. Y aunque ciertos virreyes, como los marqueses de Guadalcázar y Gelves habían respetado dicha prohibición, no había sucedido lo mismo con el marqués de Cerralbo, quien se vio obligado a claudicar ante «*las importunaciones de tantos criados y allegados que llevó desta tierra*».

Es interesante destacar que en la mencionada Real Cédula no sólo se denuncia el incumplimiento de anteriores normativas sobre el particular con referencia a los virreyes. También se les recuerda a los oidores de la Audiencia que ellos no quedaban exentos de la misma prohibición. Al parecer el marqués de Cerralbo no fue el único en desobedecer la ley, sino que incluso contó para ello con la complicidad de ciertos oidores igualmente interesados en buscar acomodo a personas de su entorno. De nuevo una normativa tan reiterada como precisa al respecto dejaba de cumplirse por quienes más directamente estaban obligados a ello. Sobre todo conviene reparar en el hecho de que tal desobediencia no venía fundamentada ni en la circunstancia de que el mandato legis-

¹¹¹ AGI. México, legajo 600, f. 1 vto.

lativo adoleciese de vicios, fuese contrario a Derecho o supusiese perjuicio para la comunidad¹¹². Lo curioso del caso presente fue no sólo la forma, sino también las razones por las que tanto el virrey Cerralbo como determinados oidores de la Audiencia decidieron no acatar una disposición regia que tenía precisamente a uno y otros como destinatarios. En efecto, en la citada Real Cédula se especifica que el virrey «*habiéndolo tratado con los Oidores, los que dellos no tenían hermanos, hijos ni parientes fueron de parecer se guardase y cumpliese la dicha cédula, y los que los tienen la han tenido por rigurosa, alegando razones en contra*».

No nos consta –nada dice el documento– que esa desobediencia al mandato legal fuese seguido de una suplicación por las partes interesadas para su posterior revisión por el propio monarca. No me parece, pues, que aquí nos encontremos con una de las características aplicaciones del principio de «la ley se obedece pero no se cumple». Sí nos consta, en cambio, el modo como procedió el virrey a la vista de la Real Cédula.

De nada sirvió el requerimiento posterior que el fiscal hizo al virrey haciéndole entrega de un traslado autorizado de la Real Cédula, dado que poco después los allegados al virrey fueron proveídos en sus cargos. La posterior intervención del visitador de la Audiencia, don Martín Carrillo y Alderete, recordando una vez más al virrey su obligación de atenerse a lo dispuesto en la norma, tampoco surtió el menor efecto. Todo lo contrario, según consta en el documento al que me vengo refiriendo, el marqués de Cerralbo «*respondió que lo había hecho y que estaba con resolución de continuar en las dichas provisiones sin embargo de mi Real Cédula*»¹¹³.

23. HAY EN MÉXICO MUCHAS PERSONAS QUE NO VIVEN DE OTRA COSA SINO DE TRATAR PLEITOS DE INDIOS

Desde luego, ninguno de los vicios a que he venido haciendo referencia dejó de ser denunciado y condenado por la profusa normativa existente. Tampoco lo fue, como era de esperar, por unos tratadistas políticos o unos eclesiásticos profundamente sensibilizados por el «problema indio»¹¹⁴. Sin olvidar

¹¹² Cfr. Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *La ley en América hispana*, pp. 69 ss.

¹¹³ Richard KONETZKE: *Colección de documentos*, vol. II, núm. 188, pp. 289 y 290.

¹¹⁴ Sólo citaré algunos ejemplos: Juan de SOLÓRZANO PEREIRA: *Política indiana*, manejo la ed. De Madrid 1736, lib. II, vol. 1, cap. 28, p. 204 donde afirma con referencia a Isabel la Católica y al ejemplo que transmitió a sus sucesores; «*Conociendo esta miseria de los indios... no se hallará cosa que más repitan y encarguen infinitas Cédulas, Ordenanzas y Provisiones Reales... ordenando que se desvelen los Virreyes, Audiencias, Gobernadores y Prelados en su defensa, y que éste sea siempre su principal estudio y cuidado*». Geronymo MORENO: *Reglas ciertas*, f. 2 vto.: «... lo primero que hace el Corregidor, o Alcalde mayor que viene a un cargo es informarse del que acaba de los géneros en que puede grangear, el cual le advierte de todo, y del modo con que ha de proceder... si el predecesor fue injusto, el que le sucede es injustísimo y hace bueno o malo al que le precedió...». En f. 5 vto.: «*Otros hay que incitan a que azoten a los indios,*

desde luego las frecuentes y reveladoras *Instrucciones* que los virreyes dejaron a sus sucesores. A estas últimas quiero referirme brevemente por el reflejo que tales recomendaciones tuvieron en la documentación de la época.

En 1590 el virrey de México marqués de Villamanrique advierte a don Luis de Velasco (hijo) que «*hay en México muchas personas que no viven de otra cosa sino de tratar pleitos de indios e incitarlos y levantarlos*» unos contra otros o en muchas otras ocasiones contra un español, solicitando del pueblo comisión para representarlos judicialmente «*sin pasarles por el pensamiento a los indios el pedirla*»¹¹⁵. No era ésta ni la primera ni la última vez que se denunciará este tipo de actividades¹¹⁶. Lo cual no quiere decir otra cosa que se trataba de moneda corriente en la vida judicial de la Nueva España. Puede decirse que la ola de abusos generadas por alcaldes mayores y corregidores había provocado otra ola en dirección contraria y en la que ahora se veían envueltos los propios justicias. El propio Villarroel, que estaba bien al tanto de los hechos, denuncia a esos sujetos desconsiderados, enemigos declarados de los jueces, que impulsan a los indios a pleitear continuamente contra ellos. A tal extremo llega esta práctica perversa que, según él, a los propios indios «*les precisa a venderse como esclavos en las haciendas, en los ingenios y trapiches, a trueque de tomar en punto el dinero para venir a dejarlo a procurador, al abogado y a los demás que les engañan con sofismas y apariencias para que no desmayen en sus solicitudes...*»¹¹⁷.

Lo cierto es que el ambiente en el que se desarrollaba la administración de justicia en las posesiones americanas era propicio para que se diera este tipo de corruptela. Divulgada hasta los confines del virreinato, y más aún, de la totalidad de los dominios americanos, la fama de corruptos de los representantes de la justicia, resultaba difícil poner trabas a unas prácticas nacidas de la injusticia y la ignorancia de la población autóctona. Al parecer, los espontáneos defensores de los indios supieron canalizar hábilmente la soterrada animadversión de éstos hacia unos jueces que, en el fondo, también eran víctimas de un sistema judicial plagado de defectos. El mismo Villarroel no sentirá el menor escrúpulo en afirmar tajantemente que «*el actual sistema es una de las principales causas de la perdición de los vasallos y más en este reino donde los abogados,*

diciendo que es gente que a palos ha de hacer virtud, como si fuese contra virtud defender sus haciendas. Otros que por hacer lisonja a los Corregidores cogen a los indios en descampado y los azotan porque trajeron decretos o prohibiciones para que no les deba hilar, o para que los reserven de otros oficios en que los ocupan con grande trabajo, con lo cual los indios atemorizados no osan pedir justicia... Otros dicen que a su quietud pertenece tenerles hechas causas de algunos delitos a los Indios principales, y a los que son bulliciosos y pleiteistas y tenérselas por sentenciar para tenerlos amedrentados...». Sobre lo poco que cabe esperar de los jueces de residencia, ver ff. 41 y 50.

¹¹⁵ *Advertimientos generales que el Marqués de Villamanrique dio al Virrey don Luís de Velasco en el gobierno de la Nueva España, Texcoco 14 de febrero de 1590*, advertencia 19, pp. 26 y 27, en «Advertimientos generales que los Virreyes dejaron a sus sucesores para el gobierno de Nueva España, 1590-1604», México 1956. Cfr. También la advertencia 7 de don Luís de Velasco (hijo) al conde de Monterrey, año 1595, p. 49.

¹¹⁶ A ellas me he referido en diferentes ocasiones en *Quiébras...*, cit.

¹¹⁷ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, p. 135.

*procuradores y demás satélites de la justicia los consumen con costas y derechos» injustos*¹¹⁸.

24. CIENTO SETENTA Y CINCO (ABOGADOS) SON LOS QUE LISTA LA NÓMINA IMPRESA EN ESTA CAPITAL

El pleiteismo tantas veces denunciado por disposiciones regias como por la doctrina, jurídica o no, ha de considerarse una práctica viciosa introducida por los españoles¹¹⁹. Su origen debe lógicamente situarse en parecidas perversiones que desde tiempo atrás venían adulterando la propia administración de justicia practicada en la península. Lo cierto es que el abultado número de los abogados, procuradores y otros «satélites de la justicia», como la escasa retribución (contra lo que parecía ser el parecer de los gobernantes madrileños) tanto de jueces como de aquellos que integraban la maraña de personajes ads-

¹¹⁸ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, p. 79. A título de ejemplo vale la pena traer aquí la disposición enviada por el rey al virrey de Nueva España conde de Priego en la que se hace constar que «*El licenciado don Diego González de Cuenca y Contreras, mi Fiscal en mi Consejo Real de las Indias, me ha hecho relación que del medio real que paga cada indio de los de la Nueva España, se juntan más de veinte mil pesos, los cuales se distribuyen en salarios de escribanos de gobernación y de cámara, asesores, relatores, letrados, procuradores, solicitadores y otros ministros por los pleitos y otros negocios que tienen los dichos indios en el gobierno, Audiencia y otros tribunales de esas provincias, sin que les lleven más derechos y los despachen con brevedad, y que a su noticia ha venido que sin embargo de tener los dichos ministros y oficiales los dichos salarios que son aventajados para lo que los indios les ocupan en sus negocios, les llevan muy excesivos derechos y presentes y los detienen y retardan porque cada día les vayan dando...*». Por lo que, tras haber sido examinado el asunto en el Consejo de Indias, ordena se hagan por el virrey las averiguaciones oportunas y tras ellas aplicar las medidas necesarias para poner fin a tales excesos. Ver Richard KONETZKE: *Colección de documentos, II. Primer tomo, doc. núm. 176, p. 276*. Como ha escrito Woodrow BORAH: *El Juzgado General de Indios*, p. 312 ese «fondo del medio real» que debía pagar cada indio tributario estaba íntimamente vinculado al Juzgado General de Indios y fue creación del virrey Velasco II con el fin de retribuir al personal de agentes indios al servicio de Juzgado. El mismo y sus rendimientos era lo que permitía el pago de los pequeños salarios asignados a la burocracia de agentes indios que constituía un grupo aparte dentro de la burocracia general de la Nueva España. A cambio de este estipendio estos agentes indios se comprometían a ofrecer sus servicios jurídicos a los indios a cambio de honorarios mínimos. La importancia de ese fondo era tal que, como señala el autor, «El Juzgado y sus agentes no habrían podido existir sin el fondo o algún sustituto de éste».

¹¹⁹ Como ha señalado Richard L. KAGAN: *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*, Salamanca 1991, p. 44 la actitud hostil de los castellanos hacia los pleitos obedecía a razones de muy diversa naturaleza. Manifestaciones de esa hostilidad es fácil encontrarlas tanto en los Ordenamientos de Cortes de los ss. xv a xvii, como en la propia doctrina política y jurídica del período. En su opinión «los castellanos se enfrentaban a una situación paradójica. Detestaban los pleitos, pero parece que se embarcaban en ellos más que antes. Los reformadores argüían que, por razones morales y cristianas, había que reducir el número de pleitos, pero ni ellos ni los castellanos se daban cuenta de que esta ola de litigios era sintomática de que en su sociedad los vínculos tradicionales de lealtad y fraternidad estaban debilitándose a consecuencia de los numerosos cambios demográficos, económicos y sociales, jurídicos y políticos que el rápido crecimiento y desarrollo en el s. xvi había traído».

critos a las diversas funciones en que se descomponía la administración de justicia, eran algunas de las principales causas generadoras de la situación presente.

A ello hay que añadir el factor subjetivo constituido por la propia concepción que tales oficiales públicos destinados en Indias tenían de su propio ministerio. La lejanía de la metrópoli, la ignorancia en la que se desenvolvía la vida de muchos de los administrados, las ambiciones personales y el nivel de escrúpulos de los que acudían a desempeñar sus cargos en estas provincias, constituían factores que considerados aisladamente daban pie a una más que fundada sospecha sobre la futura probidad de estos individuos. Más aún cuando todos estos elementos conjuntados se proyectaban sobre una práctica diaria en la que los sistemas de control establecidos carecían en muchos casos del rigor y eficacia que era de esperar. Señala Kagan que «en Castilla la profesión jurídica estaba tan profundamente arraigada en el s. XVI que poco podía hacerse para cambiarla. Las Américas, sin embargo, eran una nueva sociedad. El Nuevo Mundo presentaba una oportunidad para fomentar la armonía y la concordia de que la madre patria carecía»¹²⁰.

Procuradores, receptores, abogados, escribanos, alguaciles, etc., constituían parte muy importante del abigarrado universo que a fin de cuentas venía a suponer la administración de justicia¹²¹. En principio todos ellos ocupaban puestos requeridos por el servicio real. Sin embargo, no todos esos puestos reclamaban de sus titulares la posesión de conocimientos jurídicos, en especial aquellos considerados como subalternos. Lo cual no quiere decir que, de hecho, esa circunstancia disminuyese en lo más mínimo la importancia real de cada uno de ellos en la propia marcha de la justicia. Me estoy refiriendo a que podía producirse, como de hecho sucedía, una verdadera dislocación entre el peso teórico que cabría atribuir a cualquiera de estos agentes de la justicia y su influencia efectiva en el discurrir de los pleitos. Cualquiera de estos sujetos, en la esfera concreta de su competencia, podía significar para el sencillo demandante de justicia una verdadera pesadilla. Sin duda esto constituyó una fatalidad para el funcionamiento de ese «sistema» al que aludía el alcalde mayor Villarroel. Desde luego lo era visto desde la óptica de los indefensos justiciables. Y no sólo de ellos. Desde su indudable perspicacia y acerada crítica Quevedo no hará distingos. Para él ante tanto desatino no habrá culpables y menos

¹²⁰ Richard L. KAGAN: *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*; Salamanca 1991, p. 43. Y en p. 25 se refiere a: «... los cambios sociales, legales y políticos en Castilla que, a partir de la segunda mitad del s. XV, precipitaron un brusco aumento del volumen total de pleitos civiles, acompañado de un interés muy generalizado por el estudio de las leyes, el desarrollo de una profesión jurídica muy especializada y la expansión de la judicatura real... desde el segundo cuarto del s. XVII, la “revolución legal” perdió impulso, llevando a un aparente declive de los pleitos, la reducción de las facultades de derecho y el estancamiento de los juzgados y tribunales que habían florecido en la época anterior, más litigiosa. El perfil de estos hechos... encaja limpiamente con el del auge y decadencia del propio imperio español».

¹²¹ Sobre el cometido concreto de estos elementos relacionados estrechamente con la judicatura y la administración de justicia, ver M.^a Paz ALONSO: *El proceso penal*, pp. 143 ss.

culpables. Por eso en su frenético como justificado ataque llegará a arremeter contra todos aquellos que de uno u otro modo se encontraban vinculados a la administración de justicia. Lo hará en un pasaje de su obra tan conocido como memorable ¹²².

Algunos de esos cargos anejos a la judicatura como era el caso de los relatores tenían, no obstante, asignada una función verdaderamente importante en la tramitación y resolución de los pleitos. Es por ello que quienes los desempeñaban no debían ser ajenos en modo alguno a los conocimientos jurídicos. Innecesario insistir en la importancia que los textos escritos tenían –y tienen– en el funcionamiento de los juzgados y Audiencias. Hasta el punto de que los jueces y oidores ocupaban mucho más tiempo en la lectura de los mismos que en escuchar las con frecuencia repetitivas exposiciones orales de los abogados. Ello a pesar de estar estas últimas sujetas al requisito de la brevedad. Puede decirse sin que ello parezca excesivo que la escritura era básicamente el modo en que se desarrollaba el proceso, penal o civil. Los documentos redactados por los relatores constituían, pues, pieza esencial en la sustanciación de los pleitos puesto que a ellos era en gran medida a los que se atenían los jueces y oidores a la hora de formar su criterio y de dictar sentencia ¹²³.

En cuanto a los abogados, eran las principales –aunque no únicas– víctimas de una sobreabundancia que inevitablemente reducía drásticamente sus posibilidades de éxito profesional ¹²⁴. Además, y por lo mismo, su excesivo número constituía causa eficiente de un mal tan enquistado en la sociedad española y, por lo mismo, en la indiana, como era la descontrolada proliferación de los pleitos. Aunque a ellos correspondía acometer los aspectos técnicos del proceso, para lo que teóricamente, se hallaban capacitados, la realidad era bien distinta. Como veremos un poco más adelante, la vana erudición de que hacían gala en sus intervenciones, sacrificando muchas veces el fondo en beneficio de la apariencia y la frecuente falta de experiencia (en mérito de la sola ciencia) en los negocios jurídicos y procedimentales motivaron las duras críticas de personas tan cualificadas como Palafox, Guevara o Castillo de Bobadilla, entre otros.

Pero además, como bien ha señalado Pelorson, estos abogados no sólo debían defender sus intereses particulares ante sus numerosos colegas letrados.

¹²² Francisco de QUEVEDO: *Sueño de la muerte*, en «Sueños y discursos», Madrid 1973, pp. 211 ss.: «¿*Quereis ver qué tan malos son los letrados? Que si no hubiera letrados, no hubiera pofías; y si no hubiera pofías, no hubiera pleitos; y si no hubiera pleitos, no hubiera procuradores; y si no hubiera procuradores, no hubiera enredos; y si no hubiera enredos, no hubiera delitos; y si no hubiera delitos, no hubiera alguaciles; y si no hubiera alguaciles, no hubiera cárcel; y si no hubiera cárcel, no hubiera jueces; y si no hubiera jueces, no hubiera pasión; y si no hubiera pasión, no hubiera cohecho*».

¹²³ Ver Jean-Marc PELORSON: *Les «letrados» juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'État*, Poitiers 1980, pp. 66 y 67.

¹²⁴ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, p. 129: «... *el excesivo número que hay también de abogados matriculados en esta Capital. Ciento setenta y cinco son los que lista la nómina impresa... sin incluirse los de residencia foránea... Todos comen, beben y triunfan a costa de los caudales y bienes ajenos...*».

También debían mantenerse alerta ante las frecuentes insidias y actuaciones torticeras de otros elementos que, aunque de condición subalterna, merodeaban alrededor de la judicatura en busca de su medro personal. Es el caso de los escribanos, secretarios o procuradores. Como no podía ser de otra manera una de las razones, tal vez la principal, de los problemas que iban unidos a la gestión de estos oficiales inferiores era la aplicación poco o nada exigente de un sistema arbitrado para hacer de ellos elementos técnicos y competentes en el desempeño de su función. Sobre todo desde el momento en que tal falta de rigor en la selección de estos agentes era sustituido por la forma venal con que muchos indocumentados accedían a tales cargos. El mencionado autor trae a colación un texto de Bartolomé de Carvajal inserto en su *Instrucción y memorial para escribanos*, Granada 1585, en el que se nos muestra el fácil camino con que muchos inexpertos podían acceder a una escribanía de judicatura:

*«...considerando que en estos tiempos más que en otros los hombres se determinan a elegir el oficio de escribanos con mucha facilidad, aunque les falta el uso y ejercicio que conviene para saberlo usar, siendo su principal intento la ganancia más que el saber.»*¹²⁵.

25. SEAN MENOS LOS LETRADOS, PROCURADORES O ESCRIBANOS Y SERÁN POR CONSIGUIENTE MENOS LOS PLEITOS

Ni que decir tiene que nada de esto ni muchas otras cosas más pasan desapercibidas al espíritu prevenido de Ruíz de Villarroel. De todas ella sabrá hacer debate. Y lo hará con un encono tal que sólo la prolijidad de argumentos que esgrime y el hecho de tratarse de materia bien conocida por propia expe-

¹²⁵ Jean-Marc PELORSON: *Les «letrados»*, p. 80. Recoge asimismo el autor un texto de las Cortes de Castilla de 18 de febrero de 1612 en la que los procuradores de las ciudades protestan enérgicamente no sólo ante la inmoderada proliferación de los escribanos, sino también por la inaplicación de los medios destinados a controlar su acceso a tales puestos: «*Con verdad se puede asegurar que de tres partes de los hombres que tienen necesidad de tener oficios para sustentarse los dos son escribanos, y el mayor daño que hay en ello es que los más dellos son gente baja que los hemos conocido lacayos, cocheros, zapateros, albañiles y aun representantes, porque para ser escribanos no han menester mas que tener 600 o 800 reales para un "fiat", con que se examinan*». Distinto era el caso de los escribanos como de los secretarios que desempeñaban sus cargos en las Audiencias y consejos de la Monarquía. La proximidad al centro del poder hacía de éstos una especie muy distinguida dentro del mundo de sus homólogos operantes en los juzgados. De ellos dirá Cristóbal Suárez de Figueroa, *Plaza universal de todas las ciencias y artes. Parte traducida de Toscano y parte compuesta por el Doctor...*, Madrid 1615, f. 54 que «*... no se puede negar ser los diestros Escribanos así civiles como criminales de grande alivio para cualquier juez, supuesto ponen delante con notable velocidad los puntos más esenciales de los pleitos, haciendo relación de lo más importante dellos. Para esto conviene se hallen instruidos en la variedad de fórmulas, poseyendo, fuera de la práctica, singular expresión, buena memoria, copia de elegantes palabras, y noticia de los términos jurídicos...*», pp. 81 y 82.

riencia, prestan a sus airadas críticas o sus terminantes rechazos el crédito necesario para ser tenidos en cuenta. Considera que los últimos aumentos tanto de plazas como de sueldos arbitrados por el poder central en poco o nada han cambiado la situación (no olvidemos que su obra debió redactarse entre 1785 y 1787). La explicación a esta circunstancia parece hallarla más en las circunstancias personales de estos satélites de la justicia que en lo injustificado, poco atinado o, sencillamente, insuficiente de la medida. Para él todo se reduce a una consideración bastante simple: «*como esta casta de gente está ensoberbecida en las Américas, pensando que todo se les debe de justicia y que nada es de pura gracia*», de poco sirven actuaciones políticas o administrativas que, de otro modo o en otras circunstancias diferentes encontrarían eco favorable en el ambiente judicial del virreinato.

A pesar de lo anterior el alcalde mayor no olvida que también concurren razones objetivas de suficiente calado como para reducir a la nada lo poco que de verdadera administración de justicia existía en la Nueva España. Menciona entre ellas el abultado número de días festivos admitidos en el año, pero ante todo insistirá en el desorden en la adjudicación de los cargos y en «*la turba-multa de abogados, procuradores, agentes, receptores y demás acólitos*» que de forma incontrolada pululaban a sus anchas por las antesalas de los juzgados y las Audiencias¹²⁶.

Aún así, para Villarroel el problema radicaba más en la condición de las personas que en la política seguida desde el gobierno central para atajar los males. Por supuesto que una cosa iba estrechamente unida a la otra. Sin embargo, no cabe duda de que nuestro autor muestra estar perfectamente de un hecho bastante significativo. El está consciente de que aunque las medidas correctoras pudieran sucederse unas a otras con relativa rapidez, no había más remedio que admitir que cualquier cambio favorable sólo se produciría con más que dudoso éxito. La mentalidad de todo un colectivo vinculado de una u otra forma a la administración judicial y aferrado a la idea de que en las Indias todo lo imaginado era también posible, resultaba un problema difícil de erradicar de las conciencias de los protagonistas. Además, el problema era ya viejo y se hallaba enquistado en las entrañas mismas de la función judicial. Vistas así las cosas, el resultado que cabía esperar de cualquier reforma era del todo previsible. Un entramado de intereses privados, bien urdidos y sólidamente enlazados entre sí, se interponía desafiante entre los deseos reformadores de la corona y el *statu quo* instalado en tan lejanos territorios. Ese estado de cosas había llegado a constituir un formidable obstáculo para que cualquier solución adoptada por el poder central pudiera acabar con las viciosas prácticas que, a lo largo de los años, habían ido generándose y consolidándose en torno a la práctica de justicia.

Nos explica Villarroel que «*el fin del Procurador no es otro que el de acaudillar litigantes y facilitarles un breve y buen despacho, porque conoce que una vez que se empieza el pleito ya tiene asegurada su subsistencia a costa del miserable. El abogado coadyuva por su parte a esforzar el ánimo de aquel...*

¹²⁶ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, pp. 101-103.

Todo cuanto hilan, tejen y urden estas inexorables parcas (llamadas así porque a nadie perdonan), va sin remedio a parar a los relatores, que están expeditos para cortar aquella tela metiendo la tijera con respecto a sus urgencias, a su pasión o a sus intereses... Para reformar el estilo de los Tribunales es menester contar con los mismos jueces; pero ¿qué han de decir éstos cuando ellos mismos son interesados en la duración de los pleitos, como los médicos en la enfermedad, el soldado en la guerra y el ingeniero en las obras?»

Contar con la colaboración de los subalternos para acometer cualquier reforma resultaba empresa poco realista mientras no se resolviesen favorablemente los problemas retributivos y de acceso a los diferentes cargos en la administración judicial. Lo cual suponía que, de seguir las cosas como estaban, la opinión de los jueces seguiría siendo de una u otra forma y con mayor o menor descaro inducida o mediatizada favorablemente en el sentido que más interesara a una de las partes litigantes. Un posible cambio apoyado en la unánime o mayoritaria voluntad de los jueces no parecía tampoco posible, por la sencilla razón de que los mismos jueces no estaban tampoco libres de culpa. La explicación de esta desgraciada circunstancia es fácil de hallar: *«porque todos van en ella (se refiere a la maraña de papeleo) y les falta el valor para contener a los subalternos, acaso porque éstos no les descubran iguales defectos que los suyos»*. Porqué ¿qué decir de los escribanos?

Según nuestro autor *«Son tan visibles los desórdenes de estos oficios, que piden de justicia el remedio. ¿Qué debería decirse en orden a sus protocolos? ¿Qué número no habrá de escrituras, poderes, testamentos y otros instrumentos sin legalizar? ¿Cuántos se habrán hecho perdedizos? ¿Cuántos otros habrán ido a casa de los coheteros, confiteros y otros oficios? ¿Qué jueces son los que vigilan sobre la conducta de estos hombres? Son innumerables los expedientes en que se han convencido de falsarios a algunos escribanos, pero no ha visto el público hasta ahora ejemplar alguno en satisfacción de sus delitos...»*. Consecuentemente, si tal es el tropel de aquellos a quienes está encomendado uno de los mayores servicios que puede prestar la corona y de tal naturaleza son quienes se ocupan de transformarlo en una realidad a su medida, la única salida posible a la situación creada sería la de reducir el número de todos estos individuos. Menos individuos, menos posibilidades de corrupción y, por tanto, menos gastos para los particulares. Sin duda, el planteamiento así entendido resultaba simplista y además no abordaba los problemas en su raíz. A pesar de ello concluye nuestro autor: *«sean menos los letrados, procuradores o escribanos y serán por consiguiente menos los pleitos...»*¹²⁷.

El Derecho aplicable en las Indias constituía ya de por sí —lo hemos visto— un conjunto normativo ingente y variado, prácticamente inasequible no sólo para la ruda mentalidad de los aborígenes, sino incluso para los propios espa-

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 119-123 y 127. En p. 125 y con referencia a la visita de las cárceles vuelve a embestir contra los escribanos: *«Estas se hacen al arbitrio de los escribanos, sin tener los jueces otros conocimientos de las causas ni de los reos que la que los escribanos quieren que tengan. De modo que siendo los árbitros... ponen en libertad al que se les antoja y dejan en la prisión a los que no tienen empeño o dinero...»*.

ñoles habitantes en la Nueva España. Aparte de constituir un medio legal fuertemente caracterizado por su complejidad, la puesta en marcha de un procedimiento civil o penal estaba erizada de riesgos y de dificultades. Su mismo desarrollo suponía en la mayoría de los casos una inversión de tiempo y de recursos que muy pocos estaban capacitados para asumir. Todo ello sin contar el grado de ineficacia y, desde luego, de corrupción en jueces y tribunales que infectaba de principio a fin la maquinaria toda de administración de justicia.

Si a ello añadimos los problemas derivados de la propia interpretación de la ley en cada caso concreto; las explicables dudas respecto a qué ley debía ser aplicada, o si debía darse preferencia a la costumbre o, incluso, al estilo judicial; la multitud de autores a cuyo parecer acogerse y que formaban una poco menos que decisiva *communis oppinio doctorum*, por cuyo encrespado piélagos habían de navegar con mayor o menor acierto tanto jueces como abogados; el amplio margen concedido a la discrecionalidad judicial, especialmente en aquellos pleitos criminales en los que la ley, por la menor gravedad del caso, no era taxativa respecto a la pena que debía ser aplicada; la falta de motivación de las sentencias que impedía a jueces y abogados acogerse al valor del precedente judicial en los casos en que la ambigüedad de la ley era notoria, etc. Todo ello hacía que los juicios, entendidos como medio de restablecer una legalidad inobservada, constituyesen toda una procelosa aventura para la gran mayoría de los administrados. Pero también y a la vez representaban un verdadero laberinto. Un insidioso dédalo en el que los «profesionales» de la justicia eran los únicos capaces de deambular a sus anchas. Y lo hacían utilizando en su beneficio sus innumerables vericuetos, como si fueran trampas al acecho para los incautos individuos que acudían a los tribunales de justicia a litigar en defensa de lo que consideraban sus derechos¹²⁸.

26. LOS JUDGADORES TODAVÍA DEBEN ESTAR MÁS INCLINADOS PARA QUITAR A LOS HOMBRES DE PENA, QUE PARA CONDENARLOS, EN LOS PLEITOS QUE FUEREN DUDOSOS

Aunque no quiero extenderme en ello, sí quiero resaltar la extraordinaria importancia que la práctica de no motivar las sentencias, vigente en Castilla desde las *Partidas* y reafirmada por Real Cédula de 1768, tuvo en la práctica judicial de la Monarquía. Algo, por otra parte, enteramente lógico. Desde el

¹²⁸ Sobre todo esto ver Francisco TOMÁS Y VALIENTE: *El Derecho penal*, p. 182, entre otras. También M.^a Paz ALONSO: *El proceso penal en Castilla*, pp. 260 y 261. Igualmente Richard L. KAGAN: *Pleitos y pleiteantes en Castilla*, pp. 45 ss. Ver asimismo Manuel TORRES AGUILAR: *Teatro de iniquidad*, donde pueden encontrarse numerosos ejemplos de cómo a través del irregular manejo del proceso un alcalde mayor de la Nueva España, no solo comete las más variadas irregularidades en perjuicio de los litigantes, especialmente indios, sino posteriormente, una vez encausado por sus muchos abusos, utiliza los mecanismos y formalidades procesales en su propio beneficio.

momento en que al dictar sentencia el juez no expresaba en ella las razones jurídicas en que fundamentaba su fallo, ni esgrimía precepto alguno en el que apoyaba su convicción, dejaba sin posible referencia o, si se quiere, sin precedente a otros jueces que se enfrentaran con casos semejantes. Además, con esta práctica se posibilitaba, sin duda en exceso, la libertad de los jueces a la hora de interpretar las normas y dictar sus sentencias¹²⁹. El binomio delito-pena, que hubiera permitido un saludable automatismo a la hora de castigar los delitos, sólo tenía aplicación en determinados casos. Salvo en los supuestos en que por la gravedad del crimen el Derecho había previsto la aplicación de la pena ordinaria, es decir, la de muerte, u otro castigo grave, en muchos otros casos menos graves, la pena era de carácter extraordinario. Lo que quería decir que el juez tenía una importante dosis de libertad a la hora de determinar cuál era la aplicable al caso controvertido. Sin duda la concatenación de ambos factores generaban verdaderos problemas a la hora de aplicar el derecho. Más aún en las Indias, dadas las muy especiales circunstancias en que se desarrollaba la convivencia tanto de indios entre sí como de éstos con españoles.

En prácticamente todas las ocasiones, a la sanción principal se añadía otra de carácter económico, en cuya determinación tenía mucho que decir el propio juzgador.¹³⁰ No hace falta insistir en el hecho –al que, además, ya me he referido– de que dejar en manos de los jueces la cuantificación de la sanción económica podía ser motivo de escándalo en muchos casos. Más aún, cuando se daba la relevante circunstancia de constituir ésta la base principal de la retribución de los mismos. La combinación de ambos factores, es decir, predominio del arbitrio judicial a la hora de la definición de la condena y retribución de los jueces sobre la base de las penas pecuniarias, traía consigo un riesgo de extraordinarias proporciones. Éste era el que con ello se favorecían prácticas indeseables y abusos de la más diversa naturaleza por parte de los mismos jueces.

Juan de Matienzo plantea un supuesto, nada infrecuente por cierto y desde luego de gran relevancia en lo que ahora interesa. Se trata de en qué ocasiones el juez debe ser riguroso y estricto en la aplicación de la ley y cuándo no. Aunque la doctrina alegada y en la que apoya sus argumentos no es coincidente –como casi siempre sucede– el autor se inclina por la opinión que parece encontrar más adeptos. Considera que, ante cualquier caso dudoso, la equidad no escrita siempre es preferible al rigor no escrito. Es evidente que al plantear el tema en tales términos el autor está reconociendo que en estos casos la solución se hace recaer sobre arbitrio judicial y no sobre la mecánica aplicación de la ley. Estima Matienzo que la equidad se aplica realmente cuando se trata de casos cuya resolución depende del arbitrio del juez. Es en ellos en los que la pena a aplicar puede ser aumentada o disminuida, según dictare la misma equidad, o, lo que es lo mismo, según determinase el libre arbitrio judicial¹³¹. Dis-

¹²⁹ M.^a Paz ALONSO: *El proceso penal en Castilla*, p. 261.

¹³⁰ Miguel PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Córdoba 1.999.

¹³¹ Juan de MATIENZO: *Dialogus relatoris et advocati in Pinciani senatus, Pinciae 1558*, cap. 64, ff. 239 vto.-242.

tintos eran los casos en que la norma establecía una sanción concreta de cuya puntual observancia el juez no debía apartarse.

En buena medida puede decirse que la proporcionalidad delito-pena estaba por lo general ligada al conjunto de circunstancias concurrentes en todo acto delictivo. Eran éstas las denominadas por la moderna dogmática penal «circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal». Precisamente en estos casos era donde el arbitrio judicial contaba con un campo de acción más dilatado. Las circunstancias concurrentes en una acción criminal podían ser más o menos atenuantes o más o menos agravantes de la sanción resultante según la particular interpretación y valoración que el juez diere a las mismas. La opinión de jurista tan calificado como Castillo de Bobadilla de que el juez debía tener en cuenta más la intención del legislador que la letra de la ley, avalaba con su indiscutible autoridad este tipo de prácticas. Lo cual, como es de suponer, no dejaba de tener también sus riesgos, ya que ello hacía del Derecho no un conjunto de normas rígidas e inamovibles, sino por el contrario algo maleable en ciertos casos a voluntad del juzgador¹³².

Ahora bien, una vez admitido esto, ello no quiere decir que el arbitrio judicial pudiera hacer añicos una regla de oro consagrada en los textos legales y en el pensamiento doctrinal. Se trata de que en ningún caso la pena podía de ser mayor que la culpa¹³³. En otra ocasión he recordado que el derecho regio representado por *Las Partidas* establecía taxativamente que «*non deben los Juzgadores... dar pena a ninguno por sospechas ni por señales, ni por presunciones... porque la pena, después que es dada en el cuerpo del hombre, no se puede quitar, ni enmendar, aunque entienda el Juez que erró en ello*». La extraordinaria claridad y rotundidad del citado precepto le confirió un valor y una trascendencia jurídica y procesal que puede calificarse de intemporal. Sin embargo, todo ello quedó empañado por la aplicación judicial y, sobre todo, por la interpretación que de tal principio hicieron los comentaristas de la época. La opinión común de los doctores, mucho menos restrictiva que la ley, llegó a predominar sobre la misma, amparando con ello el despliegue de un arbitrio judicial en muchos casos lesivo para la seguridad jurídica de los encausados. Lo cierto era que una aplicación indiscriminada del arbitrio judicial, amparado y fomentado por unas leyes que obligaban en Castilla a no motivar las sentencias, podía conducir fácilmente a un desajuste de aquella regla de oro. Con ello el principio de la proporcionalidad entre delito y pena podía quedar relegado al baúl de las grandes reales destinadas al olvido.

¹³² Véase M.^a Paz ALONSO: *El proceso penal en Castilla*, p. 261.

¹³³ Juan de MATIENZO: *Dialogus relatoris et advocati in Pinciani Senatus*, Pinciae, 1558, cap. 65, f. 143. donde añade en tono moralístico: «Pero el castigar de hecho ha menester que se haga mesuradamente y con gran cordura y con amor, y no con malquerencia, de guisa que entiendan los hombres que mas lo hazen por amor de Dios, y por castigarlos que vengan al bien, que no por hazerles mal y no deben aborrecer los hombres por los yerros que hiciesen para hazerles daño... mas por sacarlos quando mas pudieran. Ca la verdadera justicia con derecho de debe hazer y con derecha razón...».

Si conectamos el precepto anterior con otro del mismo cuerpo legal, es posible deducir el intento por parte del legislador de lograr un mayor y más efectivo control de la actuación judicial, sin que ello presuponga en modo alguno un desprecio del principio *in dubio pro reo* claramente reconocido por el código alfonsino. En el precepto al que inmediatamente me voy a referir podemos encontrar una clara apelación a la benevolencia cuando el juez se tropieza con casos dudosos. Veámoslo: «*E aún dezimos, que los Judgadores todavía deben estar más inclinados... para quitar a los hombres de pena, que para condenarlos, en los pleitos que claramente no pueden ser probados, o que fueren dudosos*»¹³⁴.

27. NO HAY CASO QUE NO SE PUEDA VERTER E INTERPRETAR A DOS SENTIDOS ENTRE SÍ CONTRARIOS

La confluencia de los diferentes factores que acabo de enunciar. Es decir, no motivación de las sentencias, auge incontrastable del arbitrio judicial, desproporcionado valor de la opinión de los doctores, en muchas ocasiones diversa y contradictoria y la misma multitud de leyes existentes, con frecuencia también contrapuestas entre sí, como sucedía con el Derecho indiano, constituía el ambiente más propicio para que se desarrollase el tan denostado pleiteísmo. Poco antes de finalizar el siglo XVI Tomás Cerdán de Tallada opinaba precisamente que una de las causas de la multiplicación de los pleitos se hallaba en la multitud de leyes vigentes. Pero no sólo en eso, también y de forma concurrente en la diversidad de opiniones de los letrados. Tanto uno como otro factor suficientemente denunciados por algunos de los más significados tratadistas del período. Según Cerdán de Tallada, «*son tantas las ampliaciones y las restricciones, y las falencias, que de las mismas leyes se sacan, que... no hay caso que no tenga su contrario, ni disposición sin otra que del todo parece contraria a aquella*». De tal forma que aunque algunos autores se han esforzado en buscar la concordia entre la multitud de leyes y aún más de opiniones doctrinales del más diverso signo, existen «*tantos casos particulares de ley, que no hay cosa, ni caso que no se pueda vertir e interpretar a dos sentidos entre sí contrarios...*»¹³⁵. Aunque no se refería de modo especial a las Indias, su interpretación de los hechos —compartidos por no pocos autores que se ocuparon del Derecho indiano— es en buena medida transferible a la situación

¹³⁴ José M.^a GARCÍA MARÍN: «Judaísmo entre el poder y la envidia. El caso Ávila ante la Inquisición», en *Revista de la Inquisición*, núm. 4, Madrid, 1995, p. 68.

¹³⁵ Tomás CERDÁN DE TALLADA: *Verdadero gobierno desta Monarchia*, Valencia, 1581, ff. 108 a y vto. Y añade a continuación: «...los doctores desta facultad... estudian a fin de ganar la vida, y aún de enriquecer, y ganar honras, dignidades, oficios, y cargos públicos por el dicho medio, endereçando su particular intento a su proprio aprovechamiento, haciendo granjería de la facultad, como la haze el tratante de las mercancías...» Véase Carlos PETIT: «Derecho común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVI)», en *ZR*, 5.º, 1982.

creada en la Nueva España, habida cuenta del carácter supletorio que el Derecho castellano tuvo del específicamente destinado a regir en América.

La razón de todo esto es bien conocida. Para los autores castellanos de los siglos XVI y XVII y parte del XVIII, todos ellos metodológicamente incrustados en el llamado *mos italicus*, el *Corpus Iuris* justiniano permanecía impoluto a pesar de su edad, impecablemente intacto en sus elementos componentes y por lo tanto como un ordenamiento jurídico esencialmente práctico, es decir, vigente. Considerándose sucesores de los comentaristas medievales fundamentaron su quehacer en la interpretación de las *leges* y en el continuo apoyo en los argumentos de autoridad. Esto último era perfectamente comprensible desde el punto de vista práctico, aunque no lo fuera tanto cara al principio de legalidad imperante. Tales argumentos, constituidos por la opinión más favorable y representados por las glosas y comentarios a los textos legales de otros autores, proporcionaban una base sólida en la que fundar sus particulares juicios. De este modo se llegó a un resultado en principio considerado indeseable: la sobreabundancia de interpretaciones que rodeaba a cada ley determinó que a la postre las opiniones de los juristas alcanzasen en la práctica tanta autoridad como la ley misma. Es decir, como el propio derecho real hondamente inspirado en el Derecho justiniano. De este modo, las continuas remisiones a los textos romanos y, en su caso, castellanos, así como a la obra de los juristas, dio origen al cúmulo desordenado de opiniones favorables, a la farragosidad de las citas y remisiones y, en definitiva, al abandono de toda iniciativa particular. La consecuencia era, pues, inevitable. Tras el amontonamiento de citas de juristas anteriores o coetáneos, la ley —o las leyes— pasó insensible pero irremediablemente a un segundo plano¹³⁶.

28. TODO SU CUIDADO LO PONEN EN NO DESCUBRIR LOS DEFECTOS DE LOS COMPAÑEROS

Para el juez Villarroel gran parte de las tropelías de que eran víctimas inocentes los particulares, indios o españoles, se cometían al amparo de la inextricable malla que constituía el procedimiento. En su laberíntico trazado sólo los iniciados eran capaces de desenvolverse con la soltura que requiere una administración de justicia ágil y eficaz. Pero de igual manera sus sinuosidades y el complicado magma que originaban las interminables fórmulas, plazos, excepciones y resoluciones judiciales, representaban verdaderos escollos en los que resultaba normal que quedaran encallados los legos en la materia. Como señala Paz Alonso con referencia a Castilla «la propia complicación de las... fórmulas procesales hacía necesaria la intervención de técnicos conocedores del Derecho, que a su vez contribuían a dificultar todavía más sus actos

¹³⁶ Véase E. GACTO, J. A. ALEJANDRE y J. M.^a GARCÍA MARÍN: *El Derecho histórico de los pueblos de España*, utilizo la ed. de Madrid, 1980, pp. 439 y 440. Véase también pp. 449-451.

con las innumerables y farragosas citas de autores que apoyaban sus respectivas posiciones»¹³⁷.

En definitiva, era como el pez que se muerde la cola. Y lo importante para nosotros es que éste era también el paisaje que podía contemplarse en los dominios americanos. Las palabras que acabamos de transcribir con respecto a Castilla son perfectamente intercambiables con las que Villarroel expone, desde su propia experiencia, como una de las principales enfermedades que aquejaban la administración de justicia en la Nueva España:

«Hoy no se ve otra cosa que escritos insolentes, inadecuados, sugestivos o engañosos, con que tiran a desfigurar los hechos a cegar a los jueces, pervertir el orden, alargar los pleitos, obscurecer la verdad y ocultar maliciosamente los ápices y circunstancias, que son el origen de la disensión, del recurso, o de la justicia que debe asistir a algunos de los litigantes.» De tal forma que quienes en alguna de sus formas tienen en sus manos la tramitación de los pleitos y, con ello, la solución de los asuntos que aquejan a los pleiteantes, son los principales interesados en que esto no ocurra. Esto explica que *«todo su cuidado lo ponen en no descubrir los defectos de los compañeros o de los oficios, agentes o procuradores, donde se fraguó el bodrio, la suplantación, la falsedad y las demás maniobras que ellos saben, para confundir los negocios y hacerlos interminables. Raro es el abogado que diga de nulidad de los autos en que intervengan aquellos, por no descubrir a los susodichos...»*¹³⁸.

Puede resultar sorprendente que los mismos agentes designados, a fin de cuentas, por el rey para promover la legalidad en un sistema fuertemente legalista, fueran los primeros y los más interesados en sortear esa legalidad, en incumplirla, la mayoría de las veces dentro de la mayor impunidad. Y en este ambiente de corrupción generalizada el mismo procedimiento, que no era otra cosa que el cauce arbitrado para que esa legalidad se hiciera transparente, se transformase en el instrumento preferido por esos satélites de la justicia para practicar sus desmanes. Lo cual significaba en todo caso una constante y burda violación de la propia ley.

29. SE PRIVA A LAS PARTES DE ESTAR PRESENTES EN LAS RELACIONES

Por ejemplo, el mismo Villarroel denuncia como algo normal entre estos individuos vinculados a la administración judicial el hecho de que hasta el señalamiento de los pleitos no se llevase a cabo conforme a la ley. Contra lo dispuesto en *Nueva Recopilación* II, 4, 56, que regula lo concerniente al seña-

¹³⁷ M.^a Paz ALONSO: *El proceso penal en Castilla*, pp. 73, 146 y 173 Parecida situación respecto a la metrópoli es posible detectar entre los juristas napolitanos de los siglos XVI y XVII. Ver mi estudio, ya citado, *La Monarquía de España y las leyes fundamentales del reino de Nápoles*, pp. 11 ss.

¹³⁸ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, p. 130.

lamiento de los pleitos para su posterior vista, los ministros de la justicia «*se burlan del expreso mandato de ella, como de las demás, cuando no les acomoda a sus ideas y fines particulares*». El efecto para los incautos individuos que esperan ansiosos el momento de hacer valer sus derechos con la celebración del juicio, resultaba devastador «*porque como la vista del pleito se ejecuta sin la prevención de la ley, cuando la parte llega a saberlo ya se ha hecho relación del expediente, sin la anuencia de ella, ni la de su abogado, que apenas tiene unas noticias confusas del hecho y del derecho que ha de esforzar en su defensa; se priva a las partes de hallarse presentes en las relaciones y éstas se hacen tal vez falsas o diminutas...*»¹³⁹.

La misma prueba testifical, a pesar de su indudable importancia dentro del proceso estaba sujeta a las más burdas manipulaciones por parte de jueces y abogados. Que este tipo de corruptelas dio pronto la cara, al menos en los procesos incoados en primera instancia, se explica por las tempranas medidas que la administración central hubo de adoptar prácticamente desde los primeros momentos.

Ya en las *Ordenanzas para la administración de justicia* del visitador de la Nueva España Tello de Sandoval de 1544 (que se ocupan de los aspectos procesales de los juicios civiles y criminales en primera instancia de principio a fin) se contienen normas específicas destinadas a garantizar que la deposición de los testigos en los juicios se practique con las debidas garantías de objetividad y en todo caso en presencia del juez. Concretamente la ordenanza 13, que no hace otra cosa que seguir prácticamente a la letra los *Capítulos de Corregidores* de 1500, ordena que «*en los pleytos criminales y civiles arduos y de importancia los dichos alcaldes tomen y examinen por si mismos los testigos... en presencia del escribano, sin los cometer al dicho escribano ni a otra persona alguna asi en las causas civiles arduas como criminales y en la sumaria información y en el plenario juicio*», bajo la amenaza de graves castigos para los infractores. Las siguientes ordenanzas siguen ocupándose de asegurar que la fuerza probatoria de los testigos llamados a juicio no sea reducida más que a una mera pantomima por la voluntad de jueces o escribanos. Así, la número 14 se ocupa de que en los pleitos criminales se hagan a los testigos las preguntas necesarias para un más completo conocimiento de los hechos; de igual modo, cuando se trata de juicios civiles y criminales, ordena que a los testigos se les lean sus declaraciones para que se ratifiquen en ellos y los firmen. De igual modo la número 15 preceptúa que tanto el juez como el escribano firmen las declaraciones de los testigos, junto con estos últimos si supieren escribir¹⁴⁰.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 99.

¹⁴⁰ Véase Ismael SÁNCHEZ BELLA: *Ordenanzas del visitador de la Nueva España*, pp. 522 y 523. En el «Libro Registro» aparece tachado un párrafo enormemente elocuente respecto del asunto a que nos venimos refiriendo. La frase eliminada es esta: «*Porque podría acontecer que de diferir el hazer la información sumaria los delitos se podrían quedar sin castigo porque los testigos se ausentan y cuando la dicha información se viene a hazer no se hallan mayormente en estas partes, si el Juez no pudiese ser auído [encontrado] y el caso no sufriere dilación la dicha sumaria información se tome en presencia de un Alguacil de la ciudad al que se le da facultad para ello, y el escribano reciba el juramento en forma que guardará secreto de lo que ante el pasare y el dicho escribano*

30. LOS ESPAÑOLES LES HAN METIDO EN LA CABEZA QUE ES MEJOR PLEITOS

A todos esos «satélites de la justicia» a que nos hemos venido refiriendo aludirá también expresamente Bernal Díaz del Castillo en una carta dirigida a Felipe II en 1558. Se trata de un documento plagado de denuncias, de invocaciones a la justicia y de solicitud de una mayor implicación del soberano en los asuntos del virreinato. La carta, sin duda un tanto apocalíptica como parecía ser costumbre entre ciertos religiosos, tiene a mi juicio tres aspectos que creo merecen ser destacados. El primero es la temprana constatación de un hecho concreto, de algo que, ya a mediados del siglo XVI, parecía ser una realidad entre los indígenas. Me estoy refiriendo al «pleiteísmo» de los naturales novohispanos. El segundo aspecto a subrayar es que el eclesiástico Díaz del Castillo hace directamente responsables de ese hecho de funestas consecuencias para los indios a los propios españoles. Muy especialmente (aunque no lo dirá de forma directa) aquellos que, sin ser jueces, estaban profesionalmente vinculados a la administración de justicia. El tercer aspecto es un matiz ciertamente interesante que, sin duda, enfrenta la posición del religioso, no sólo a la de algunos jueces (como Villarroel), sino también a las denuncias hechas por algunos cronistas, e incluso a las mismas disposiciones emanadas del poder central. Se trata de que se siga permitiendo la intervención de los eclesiásticos como mediadores en los casos en que los contendientes sean los propios naturales. Según Díaz del Castillo sólo la decidida intervención del soberano sería capaz de poner fin a una práctica viciosa cuyos resultados, añadidos a otros procedentes de excesos de la más diversa etiología, habrían de conducir inevitablemente a algo que ya pronosticó años atrás el virrey Mendoza: la total destrucción del virreinato. Es por ello por lo que insta la intervención del monarca

«... no consintiendo VM que entre indios aya pleytos unos entre otros, porque va ya corruto esto, que ya no saben sino pleytos, y los escrivanos bien llenos de negocios dellos, porque nonada mueven pleytos, y por un poco de tierra, que vale nonada, gastan los tributos é propios del pueblo en pleytos, y andan tres y quatro años en ellos. Y en esto ay tanta destrucción... porque se an hecho pleytistas, y en letrados y procuradores y escrivanos é intérpretes, gastan lo que tienen... Después que [los] españoles les han metido en la cabeza que es mejor pleytos... por servirse dellos so color de favor... y por ninguna vía les habían de consentir pleytos entre ellos, sino que los religiosos los concertassen, como hasta aquí»¹⁴¹.

asiente el juramento en la cabeza de la dicha información so la dicha pena...». Para todo lo relativo a testimonios iniciados en los procesos, ver Miguel PINO ABAD, *La tacha de testigos en su evolución histórica hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Córdoba 2002, pp. 87-180

¹⁴¹ «Carta de Bernal Díaz del Castillo al Rey Felipe II, en la que denuncia algunos abusos cometidos con los indios, y pide se le nombre fiel-ejecutor de Guatemala, en atención a los servicios que expone. Guatemala, 20 de febrero de 1558», en BAE. *Cartas de Indias*, tomo I, Madrid, 1974, pp. 96 y 97.

31. POR ESTAR INTRODUCIDA LA PROTECCIÓN CON CAPA DE PIEDAD ENTRE LOS JUECES

Porque el problema estaba firmemente enraizado en la realidad americana –y no sólo americana–, y porque mientras no se abordase un cambio radical en la administración de justicia –cosa impensable por el momento– los problemas no desaparecerían, se explica que en el último tercio del XVIII las cosas seguían igual que en los dos siglos anteriores. González Alonso ha tratado de explicar el alto índice de litigiosidad en las sociedades hispánicas como una consecuencia inevitable del propio carácter estamental de la sociedad. La excesiva juridificación de la vida social estaría en relación directa con la propia vertebración de la sociedad conforme a criterios estrictamente jurídicos. Por ello las inevitables tensiones internas encontraron como único cauce de manifestación y de –poco probable– solución a través de la vía judicial¹⁴². Situándonos de nuevo en la realidad novohispana, así se expresaba el virrey Bucareli en carta a don José de Gálvez en 1778: «*Bien sabe VE. que son incesantes las quejas que se interponen en este Gobierno, con el nombre y voz de los indios por esta especie de apoderados que fundan su subsistencia y la de sus familias en tan perjudicial ejercicio*»¹⁴³. La fijación de los virreyes hacia estos personajes lleva a decir al duque de Linares que «*las pobres partes se ven tiranizadas con violencias, porque si dudan en sus contribuciones, o pierden los pleitos, o se los eternizan... [la causa es] por estar introducida la protección con capa de piedad entre los jueces*»¹⁴⁴.

Una piedad que, como mínimo, ha de ser calificada en muchos casos de mal entendida. Mal entendida o maliciosamente tergiversada en provecho propio precisamente por quienes estaban llamados institucionalmente –caso de algunos protectores de indios– a desempeñar un papel de equilibrio o de contrapeso entre diferentes elementos sociales. Pero aunque indios y españoles o indios y jueces españoles se hallaban de hecho separados por profundas diferencias económicas, culturales y, por lo tanto, sociales, eso no era todo. Verdad era también que por parte de los mismos naturales existía una más que justificada animosidad contra los oficiales de la justicia. Se trataba de un resentimiento nacido de

¹⁴² Benjamín GONZÁLEZ ALONSO: *La Justicia*, p. 382.

¹⁴³ «La administración de Frey Antonio M.^o Bucareli y Ursúa, cuadragésimo sexto virrey de México», *Publicaciones del Archivo General de la Nación*, tomo II, México, 1936, p. 286. Refiriéndose a uno de esos protectores de indios reconoce que «valiéndose del dócil e inculto genio de los mismos, para sin resistencia hacer que sirvan de instrumento contra los curas, las justicias y los particulares, hasta lograr, con notable ofensa de la paz y quietud, el satisfacer por mano ajena los privados resentimientos», p. 283. El mismo Bucareli recibió de su antecesor Croix la recomendación de que examinara detenidamente las quejas de los indios «por si se puede averiguar si vienen inducidos y por quién», en *Instrucción del Virrey Marqués de Croix que deja a su sucesor Antonio M.^o Bucareli*, con prólogo y notas de Norman F. Martín, México, 1960, pp. 7-9, 112-114, recoge opiniones similares de virreyes del Perú: marqués de Mancera, Velasco (hijo), Francisco de Toledo, etc.

¹⁴⁴ *Instrucción dada por el Excmo. Sr. Duque de Linares a su sucesor el Excmo. Sr. Marqués de Valero*, México, 1867, pp. 302 y 303.

las injusticias, violencias y abusos de todo tipo del que se sentían víctimas por parte de aquéllos. El enfrentamiento entre ambos sectores de la sociedad había llegado a convertirse en un círculo vicioso. Por supuesto que desde el lado de los jueces, aunque fuera de manera intencionada, la cosa era vista de manera muy diferente. Al menos eso es lo que sucede con el juez Ruiz de Villarroel. No era él quien confundía torpemente la misión protectora de los naturales que le estaba encomendada con la simple piedad que, al parecer con fundamento, rechazaba enérgicamente el duque de Linares. Entre otras razones porque los aspectos esenciales del carácter de los naturales no era algo a lo que fuera ajeno. Por ello, a pesar de ser uno de los más críticos a la hora de opinar sobre la justicia en general y sus colegas en particular, se guarda mucho en considerar únicos culpables a estos últimos. De su pluma procede este severo juicio sobre los naturales: «*el carácter del indio es precisamente el de ser enemigo mortal de las demás castas; es desidioso y nada hace de su propia voluntad, a no ser a fuerza de rigor; es extremadamente malicioso, enemigo de la verdad, desconfiado, amigo de novedades, disturbios y alborotos; nada adictos a la religión católica y demasadamente entregados a la superstición, a la idolatría y a otros vicios detestables; inhumanos, vengativos y crueles aun entre sí mismos, y su vida es la de estar sumergidos en los vicios de la ebriedad, del latrocinio, del robo, de los homicidios, estupro, incestos y otras innumerables maldades...*»¹⁴⁵.

Es indudable que al hacerlo en tales términos Villarroel está enjuiciando a los indios desde su exigente óptica de juez. Al hacerlo así denuncia en sus aspectos más sombríos un talante y un comportamiento de los indios no por más natural y espontáneo menos insidioso en sus consecuencias. Sobre todo desde el momento en que determinadas debilidades de aquéllos eran aprovechadas hábilmente por ciertos elementos instigadores, enemigos de la justicia, que hacían de la pesca en río revuelto una forma de vida. Que, en líneas generales, ese parecer no era desatinado lo sabemos por las numerosas referencias que es posible encontrar entre los cronistas, historiadores, geógrafos, juristas e incluso teólogos de la época. La autorizada pluma de un reconocido jurista como Juan de Matienzo resulta bastante clara a este respecto cuando nos dice que los indios del Perú son «*pusilánimes e tímidos... muy temerosos, flojos e necios... nacidos y criados para servir, y les es mas provechoso el servir que el*

¹⁴⁵ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, p. 89. No menos ilustrativo es lo que continúa diciendo respecto del talante de los naturales ante los españoles en general y los justicias en particular, sobre todo a la hora de conseguir sus propósitos: «*Ellos se presentan a los superiores con un aspecto de humildad aparente, con que les engañan y les hacen creer que los alcaldes mayores los vejan y molestan (no se duda que habrá algunos), y como los ministros no tienen el suficiente conocimiento de ellos, en breve consiguen la compasión...*». Evidentemente, las opiniones sobre los indígenas no eran todas iguales. Ver para esto Lewis HANKE: *La lucha por la justicia*, pp. 97-99. Suficientemente expresivas de cuanto aquí se dice son las siguientes palabras de Woodrow BORAH: *El Juzgado*, p. 263: «El lugar de los indios en la sociedad colonial mexicana puede verse en la preferencia, aún en el Juzgado General de Indios, que se daba al testimonio del español contra el indio y en el hecho de que al indio no se le hacía responsable de calumnia ni se le perseguía jurídicamente por perjurio. Se daba por sentado que era tan probable que mintiera que el castigo afectaría a demasiados».

mandar... cuantas más fuerzas tienen en el cuerpo, tanto menos tienen de entendimiento»¹⁴⁶.

32. SERÁ JUSTO NO ATRIBUIR TODA LA CULPA A LOS MORADORES DE AQUELLOS PAÍSES

Pero sabemos que no todos eran de la misma opinión a la hora de cargar las culpas a una u otra parte del estado general de la justicia en la Nueva España. Acabamos de ver ejemplos de posturas bien dispares sobre el tema. Es muy interesante a este respecto la conclusión a que llegan Jorge Juan y Antonio de Ulloa al abordar esta misma cuestión con referencia al virreinato del Perú. Nos dicen estos autores que

«Origínase en gran parte el desprecio con que la justicia es tratada en aquellos países, de la extraviada conducta de los que gobiernan... ¿qué mucho será que los particulares hagan poco aprecio, o ninguno, de su autoridad, y que miren la justicia como cosa irrisible e ideal, pero que nunca llega a tener uso en la práctica de la república? Por esto será justo no atribuir toda la culpa a los moradores de aquellos países, sino partirla entre éstos y los jueces...»¹⁴⁷.

Y lo curioso del caso es que la peculiar idiosincrasia de los aborígenes fue considerada por alguien como una especie de enfermedad contagiosa capaz de transmitirse nada menos que a quienes estaban llamados, tanto por la historia como por la naturaleza, e incluso en opinión de no pocos doctrinarios, por el propio designio divino, a ejercer de dominadores. En un párrafo no exento de una cierta dosis de ironía, el reputado etnógrafo y lingüista Bernardino de Sahagún conjeturará del siguiente modo: *«Y no me maravillo tanto de las tachas y dislates de los naturales de esta tierra, porque los españoles que en ella habitan y mucho más los que en ella nacen, cobran estas malas inclinaciones; los que en ella nacen, muy al propio de los indios, en el aspecto parecen españoles y en las condiciones no lo son; los que son naturales españoles, si no tienen mucho aviso, a pocos años andados de su llegada a esta tierra se hazen otros»¹⁴⁸.*

Sin duda, algunos de estos planteamientos eran fruto de una experiencia directa en el trato con los indios, bien a través de una más o menos dilatada práctica forense, bien a través del contacto hu mano que muchos eclesiásticos mantenían de forma continua con ellos por razón de su ministerio. Lo cual no

¹⁴⁶ Juan de MATIENZO: *Gobierno del Perú*, ed. de Guillermo Lohmann Villena, París-Lima, 1967, pp. 16-17.

¹⁴⁷ Jorge JUAN y Antonio de ULLOA: *Noticias secretas de América*, sesión novena, núm. 48, pp. 421 y 422.

¹⁴⁸ Fray Bernardino de SAHAGÚN: *Historia general de las cosas de la Nueva España*, vol. II, Madrid, 2000, p. 817.

impedía que en ocasiones algunos de estos pareceres, sin duda conteniendo un fondo de verdad, se emitieran un tanto adulterados por la inevitable incidencia de ciertos apriorismos al fin y al cabo menos justificables. Ya se ha aludido –y volveremos a incidir sobre ello– a las profundas divergencias existentes entre dos grupos de población coincidentes en la Nueva España, cuya convivencia venía gravemente mediatizada por diferencias de todo tipo. Acometer la vertebración de una sociedad tan claramente definida por particularismos tan acusados no era, en realidad, una tarea fácil.

**33. YO HE TENIDO POR COSTUMBRE DE OÍR SIEMPRE
A LOS INDIOS; Y AUNQUE MUCHAS VECES ME MIENTEN...
NO LOS CREO NI PROVEO NADA HASTA AVERIGUAR LA
VERDAD**

Así lo estimaba el acreditado primer virrey de México don Antonio de Mendoza. En sus inapreciables avisos al que habría de ser su sucesor en el cargo, don Luis de Velasco, ofrece toda una lección de serenidad y sabiduría sobre el modo como pensaba debería comportarse un gobernante de la Nueva España. Desde luego tales avisos, aunque tenían su origen en un mandato regio, no deben identificarse con las Instrucciones dadas a Velasco el 16 de abril de 1550. Puede decirse que su razón de ser venía justificada ante una situación de hecho en el virreinato caracterizada por la novedad de los problemas a los ojos de un gobernante o unos jueces europeos. Pero sobre todo por la extrema complejidad que presentaban muchos de ellos. Las razones de fondo radicaban sin duda en la profunda heterogeneidad y las estridentes divergencias de todo orden existentes entre súbditos englobados en dos poblaciones claramente diferenciadas. Ello explica sobradamente que tensiones de todo orden constituyeran el día a día de la actividad del gobernante.

Sin embargo, en las recomendaciones de Mendoza nos encontraremos con la novedad de que esa obligación inexcusable de todo virrey de proteger a los naturales no aparece solapada o mixtificada con aquella piedad no siempre bien entendida a la que ya se ha hecho referencia. Da la impresión de que lo que él trata de hacer entender a Velasco es que si algún éxito ha logrado en su tarea de gobernante, no ha sido precisamente a costa de aplicar a su conducta una piedad indiscriminada y artificiosa. Entre otras razones porque por principio ello podía suponer en muchos casos ningunear a los indefensos indios, amén de constituir un mecanismo que podría llevar a ignorar sus verdaderos problemas. Tal vez quepa conjeturar que una política proteccionista a ultranza a favor de aquéllos encerraba un riesgo como mínimo tan temible como el que cabía esperar de aplicar un trato igualitario entre ambas poblaciones. Es más, por sus resultados reales en lo que a la administración de justicia se refiere los hechos pusieron de relieve que, con frecuencia, se trataba de una solución un tanto simplista cuando no poco sensata, generadora de consecuencias a veces injustas para los propios españoles. Por el contrario, la rara habilidad mostrada

por Mendoza parece haberse apoyado en la idea de lograr en la práctica un tratamiento desigual a quienes en realidad eran, por muy diferentes razones, desiguales. Si de lo que se trataba era de conocer los verdaderos problemas y necesidades de los naturales para reducir en lo posible los abusos, lo más indicado parecía partir siempre del principio de entender y hacerse entender por aquellos para luego aplicar soluciones justas. No otra filosofía parece desprenderse de sus propias palabras:

*«Los indios naturales desta tierra son de calidad, que muchas veces, por cosas muy livianas que les hacen, se vienen a quejar y las encaracen grandemente, y otros padecen muy graves cosas y callan... Yo he tenido por costumbre de oír siempre a los indios; y aunque muchas veces me mienten, no me enojo por ello, porque no los creo ni proveo nada hasta averiguar la verdad»*¹⁴⁹.

De todas formas, aun aplicando a los duros juicios anteriores los oportunos coeficientes reductores, no sería difícil explicarse determinadas cosas. Sobre todo resulta más inteligible para nuestro propósito el tan denunciado contubernio entre los improvisados protectores y sus tutelados indios. Por lo mismo, también cabría reconocer una cierta lógica al juez Villarroel cuando aseguraba un tanto apocalípticamente que:

*«no hay en la redondez del orbe paraje donde se ventilen más pleitos sobre la tierra»*¹⁵⁰.

En la segunda mitad del siglo XVI, el oidor Alonso de Zorita había tenido la perspicacia (tal vez él mismo, tal vez aquellos otros reputados cronistas de Indias contemporáneos suyos de los que parece haber tomado algo más que inspiración en sus escritos)¹⁵¹ de conectar muchos de los males que se concitaron en el gobierno de las Indias con la sustitución que, en un primer momento, se produjo por parte de la Corona de los señores naturales de los aborígenes, es decir, los caciques, por naturales indios. A la simpleza natural de estos últimos se unía su ignorancia de la materia jurídica y, lógicamente, de los ritos procesales. Eso sí, eran sujetos adictos a los conquistadores y gozaban de la confianza de las autoridades españolas. Casi un siglo antes que lo hiciera el obispo y visitador general Palafox y en los mismos términos, Zorita nos describe el panora-

¹⁴⁹ «Relación, apuntamientos y avisos, que por mandado de SM dio D. Antonio de Mendoza, virrey de Nueva España a D. Luis de Velasco, nombrado para sucederle en este cargo», en *Colección de Documentos Inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*, tomo VI, Madrid, 1866, p. 489. En p. 499 agrega: «Algunos dirán a V.S. que los indios son simples, que no reina malicia ni soberbia en ellos, y que no tienen codicia; otros al contrario, y que están muy ricos y que son vagabundos y que no quieren sembrar. No crea a los unos ni a los otros, si no trátese con ellos como con cualquiera otra nación, sin hacer reglas especiales...», por la sencilla razón de que pocos le aconsejarán desinteresadamente.

¹⁵⁰ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, pp. 52-53.

¹⁵¹ Ved la introducción que hace Germán VÁZQUEZ CHAMORRO a su *Relación de los señores de Nueva España*, Madrid, 1992, pp. 7-36.

ma judicial de la Nueva España de la siguiente manera: «*los que tienen el oficio de regidores, alcaldes o alguaciles, escribanos e fiscales, son oficiales que se han criado con españoles o en su servicio, o que han sido sus esclavos... y están muy ladinos y desenvueltos*»¹⁵².

34. LOS ALCALDES ORDINARIOS DE LA CIUDAD HACEN JUSTICIA COMO ENTRE COMPADRES

En realidad, todo ello entraba dentro de una estrategia global en la que los antiguos señores naturales de los indios iban a ser las primeras víctimas de éstos¹⁵³. Hace años, Charles Gibson se expresaba en los siguientes términos: «Cuando la administración española tomó posesión del desplomado imperio azteca después de 1521, el control indígena sobre un gobierno central se perdió para siempre»¹⁵⁴. La primera medida política adoptada por los nuevos gobernantes fue la de reducir a su mínima expresión todo aquello que representaba el antiguo sistema político y administrativo indígena. La desintegración del anterior gobierno centralizado dio paso a una multitud de «unidades de cabecera» en las que en un principio los caciques actuaban de colaboradores de los españoles. Pero por poco tiempo, ya que la autoridad que se les había permitido retener pasó a partir de mediados del siglo XVI a unos funcionarios indígenas elegidos temporalmente para desempeñar determinados cargos en los pueblos o cabildos siguiendo el modelo de los municipios castellanos. Entre ellos estaban los dos alcaldes ordinarios elegidos por los regidores cuya misión principal consistía en administrar justicia en el cabildo en primera instancia cuando se trataba de pleitos de escasa cuantía¹⁵⁵.

¹⁵² Alonso de ZORITA: *Relación de los señores de la Nueva España*, cit., núm. 254, p. 131. En núm. 255, p. 132, el autor de la relación nos hace una descripción sumamente realista del modo de actuar de estas nuevas autoridades encargadas de la justicia, insistiendo en el hecho de que «*están ya muy impuestos para toda maldad los que sirven estos oficios de justicia y viven entre españoles y han perdido su simplicidad antigua y natural, y se ha trocado en muy gran malicia y maldad*».

¹⁵³ Fray Bernardino de SAHAGÚN: *Historia general*, vol. II, p. 672, al tratar de «la manera de elegir a los jueces», nos hace la siguiente descripción del período anterior a los españoles: «*También los señores tenían cuidado de la pacificación del pueblo y de sentenciar los litigios y pleitos que había en la gente popular. Y para esto elegían jueces, personas nobles y ricos y ejercitados en las cosas de la guerra, experimentados en los trabajos de las conquistas, personas de buenas costumbres, que fueron criados en los monasterios de calmecac, prudentes y sabios, y también criados en el palacio... Mirábase mucho en que estos tales no fuesen borrachos, ni amigos de tomar dádivas, ni fuesen acetadores de personas, ni apasionados. Encargávale mucho el señor que hiciesen justicia en todo lo que a sus manos viniere*».

¹⁵⁴ Charles GIBSON: *Los aztecas bajo el dominio español. 1519-1810*, Madrid, 1994, pp. 168 y 194.

¹⁵⁵ Véase José M.^o OTS CAPDEQUÍ: *El régimen municipal hispanoamericano del período colonial*, Valencia, 1937, en concreto p. 353. También Constantino BAYLE: *Los cabildos seculares en la América española*, Madrid, 1952, pp. 15-39.

El objetivo perseguido era, por supuesto, la ya conocida hispanización político-administrativa y jurisdiccional de los nuevos territorios. Y, cómo no, el control sin fisuras de las fuentes locales de financiación. Pero no menos significativo resulta que, como nos explica Zorita, en el uso de esa táctica de transformación gradual de las estructuras de gobierno, los religiosos tuvieron un destacado papel. Esto se explica dado el indudable ascendente que, por razón de su ministerio, tenían tanto sobre los caciques como sobre los propios naturales¹⁵⁶. Señala Gibson que «desde el s. XVI hasta fines de los tiempos coloniales, los oidores, corregidores y clérigos españoles supervisaron las elecciones (en los cabildos)... los clérigos manipulaban las elecciones para colocar en los cargos a sus propios candidatos... algunas veces, en el s. XVIII, los curas y corregidores eligieron funcionarios para la comunidad aparentemente sin celebrar elecciones». Aunque las competencias de estos nuevos funcionarios era variada, no escapaba a sus atribuciones conocer de asuntos judiciales. Así «los casos penales y civiles que tenían que ver con indígenas eran oídos y resueltos ante alcaldes indígenas en sesiones regulares» y siguiendo las pautas procesales establecidas en el derecho castellano. Desde luego no faltaron las lógicas protestas de los españoles ante el más que aparente desconocimiento con que aquellos acometían y resolvían los pleitos. Circunstancia ésta que no era desconocida por las autoridades españolas en el virreinato y que explica la inmediata introducción, con más que dudoso éxito, del juicio de residencia¹⁵⁷. Sin duda ello explica la fulminante desautorización que de la tarea judicial desempeñada por estos alcaldes ordinarios realizara en 1564 el visitador Valderrama. De ellos comentará irónicamente que «*estos alcaldes ordinarios de la ciudad hacen justicia como entre compadres*»¹⁵⁸.

35. NO SABEN LO QUE LES CONVIENE, NI QUÉ PIDEN, NI QUÉ QUIEREN, NI QUÉ PRETENDEN, NI SOBRE QUÉ PLEITEAN, NI A QUÉ VAN A LA AUDIENCIA

Lo cierto es que el resultado no podía ser otro que el previsible, ya que como el propio Zorita reconoce:

«... de aquí comenzaron los pleitos unos contra otros dentro de sus pueblos, y los súbditos con los señores en toda la Nueva España, y pueblos contra pueblos, e los sujetos contra sus cabeceras, de que han sucedido grandísi-

¹⁵⁶ Alonso de ZORITA: *Relación*, núms. 81-83, pp. 78 y 79.

¹⁵⁷ Charles GIBSON: *Los aztecas*, pp. 181-183.

¹⁵⁸ *Carta del licenciado Valderrama a Su Majestad en su Real Consejo de Indias*, México, febrero-marzo de 1564, núm. 7, p. 48. Observa Mario GÓNGORA: *El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación (1492-1570)*, Santiago de Chile, 1951, p. 222, que «todas las colonias atravesaron en su fase inicial por una etapa en que la justicia no pudo realizarse según las reglas ordinarias del procedimiento romano-canónico, que dominaba en el derecho castellano desde la época de *Las Partidas*».

*mos gastos, gran multitud de muertos por los caminos, yendo y viniendo a los pleitos, sin saber lo que les conviene, ni qué piden, ni qué quieren, ni qué pretenden, ni sobre qué pleitean, ni a qué van a la Audiencia»*¹⁵⁹.

La denuncia del oidor Zorita desde luego no presentaba ninguna novedad. Fundamentalmente porque los errores o, más aún, los excesos y abusos que se instalaron en la administración de justicia de la Nueva España, no fueron sólo cosa de estos improvisados jueces ordinarios que en los nuevos gobiernos indígenas operaban en los cabildos¹⁶⁰. También constituyeron moneda corriente entre los alcaldes mayores o corregidores de designación virreinal. Y tal vez lo más importante de todo es que estos funcionarios judiciales, conocidos genéricamente como «justicias» constituyeron –como también sucedió en Castilla desde la Baja Edad Media– los más eficaces instrumentos del poder central en la vida de los pueblos¹⁶¹. Situados en el nivel inferior de la administración de justicia, estos oficiales representaban el más directo e inmediato elemento de unión entre el poder virreinal y los pueblos indígenas. En su condición de jueces conocían de los pleitos en los que se hallaban involucrados indios, mestizos, negros, mulatos o españoles. Pero también entraba dentro de su competencia asunto de tanta importancia como era la recaudación de tributos. Lo mismo cabe decir de otras prácticas de tan malo o peor signo como eran la percepción

¹⁵⁹ Alonso de ZORITA: *Relación*, núm. 83, p. 79. En núm. 87, p. 82, explica cómo la táctica seguida por el poder central constituyó la causa principal de los males presentes, ya que «*así les quitaban por Audiencia la gobernación, que era quitarles el señorío, e se ponían en su lugar sus súbditos y émulos, haciendo a los señores súbditos de sus súbditos... e así anda todo al revés, y se han perdido y deshecho los señores, y levantándose los que no lo eran*», agregando un poco más adelante, núm. 110, p. 93: «*y dicen los indios viejos que esta fue la causa... porque no se dan las justicias de los españoles tan buena maña como sus jueces en... averiguar e castigar [los delitos]*».

¹⁶⁰ Puede verse Victoria GONZÁLEZ MUÑOZ: *Cabildos y grupos de poder en Yucatán (1606-1669)*, Sevilla, 1994, pp. 49 y 50. También Charles GIBSON: *Los aztecas*, p. 194 entre otras. Los propios cabildos dejaban mucho que desear en lo que se refiere, no sólo a la administración de justicia, sino también y en general a la gestión de los intereses comunitarios. De 1539 procede una denuncia al rey relativa a ciertas gobernaciones, especialmente de Panamá, procedente de Juan Vázquez de Ávila, y que resulta bastante ilustrativa a este respecto: «*...que mayor mal quiere VM sino que no ose nadie pedir justicia de lo que le conviene, por temor de que no le hagan otras injusticias nuevas... sepa VM que los cabildos jamás escriben a VM lo que son obligados, sino lo que los gobernadores quieren, y si algún regidor da voto de lo que es razon que se escriba, lo primero ello no se hace, y lo segundo entra luego la destrucción en su casa; ¿qué mayor mal quiere?*». Más adelante añade: «*En estas gobernaciones estaban muy gozosos con que VM enviaba aquí su Real Audiencia, y en cabo de tanto tiempo que se esperaba, vino el doctor Robres, que ha hecho mas agravios en seis meses que otro en diez años: ... muchas personas dexan de pedir su justicia, por no parecer delante del, temiendo su ferocidad y sus palabras tan deshonestas y tan afrentosas, porque no parece hombre en sus palabras y obras, sino espíritu infernal El vino a este pueblo de Panamá pobre y adeudado y sin granjería ni mercadería, y de ocho meses a esta parte, el tiene navío y hato de vacas y estancia... y al fin está ya mejor hacendado que ningún vecino de Panamá...*». En *Colección de Documentos Inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino y muy especialmente del de Indias*, vol. III, Madrid, 1865, pp. 84 y 85.

¹⁶¹ Ved, en general, Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano del antiguo régimen*, Madrid, 1970. También José M.^o GARCÍA MARÍN: *La burocracia*, pp. 249-272.

de derramas o tributos de carácter extraordinario, o la habitual práctica del comercio con los naturales en condiciones extremadamente ventajosas¹⁶².

Sin embargo, con independencia de este tipo de hechos irregulares que tienen que ver con la conducta de los jueces inferiores en el desempeño de sus cargos, hay que tener en cuenta otra circunstancia de relieve y que está relacionada con algo a lo que ya he hecho referencia al principio de este estudio. Se trata de un riesgo de sobra conocido por los gobernantes castellanos. Un peligro siempre al acecho que venía siendo denunciado desde hacía tiempo por doctrinarios y tratadistas y que venía inseparablemente unido a todo cambio brusco en las leyes y costumbres, no sólo de los indios, sino también de cualquier otro reino o territorio incorporado a la Monarquía. La conveniencia de respetar las antiguas costumbres de los naturales, especialmente aquellas que no se oponían al Derecho natural, será insistentemente defendida por la doctrina americanista, los virreyes y los propios visitadores de los virreinos americanos ante el Consejo de Indias¹⁶³. El mantenimiento, en diferente medida y con sus progresos y pasos atrás, de este principio es lo que a fin de cuentas permitió la relativa elasticidad y, por lo mismo, la perdurabilidad del Derecho indiano. Que el oidor Zorita estaba al tanto del problema queda claramente demostrado en sus propias palabras: el desconocimiento intencionado de las antiguas costumbres indígenas, sobre todo aquellas que no fueren claramente injustas y contrarias al Derecho natural es justamente lo que provocaba el que «no se den las justicias de los españoles tan buena maña como sus jueces en... averiguar e castigar [los delitos]»¹⁶⁴.

36. VOSOTROS SOIS LA LEY Y LOS JUECES Y LAS PARTES

Lo cierto es que Zorita en el siglo XVI, como Villarroel en el XVIII, ponen de manifiesto un hecho sin duda incontrovertible y es el lamentable estado en que se encontraba la administración judicial de Nueva España. La opinión concorde de dos jueces actuantes en la Nueva España con dos siglos de diferencia merece ser tenida en cuenta. Más aún cuando la masa documental a disposición del investigador y referida a la administración de justicia avala la fiabilidad de sus apreciaciones y sus inevitables juicios de valor. En este punto los diferentes reajustes ensayados a lo largo de tres siglos no parece que modificaran sensiblemente el núcleo del problema. Sin duda porque tal problema estaba enquistado en el interior del sistema político y, por lo tanto, era de naturaleza estructural en cuanto afectaba de lleno al «modo de gobernar» imperante en ese largo período.

¹⁶² Cfr. Charles GIBSON: *Los aztecas*, pp. 96 y 97.

¹⁶³ Alonso de ZORITA: *Relación*, núm. 219, p. 111: «Verdad es que tenían algunas leyes injustas y malas, y algunos usos y costumbres crueles y tiránicos y de gran error, como ciegos que carecía de la ley evangélica... pero ya por la misericordia de Dios todo aquello ha cesado».

¹⁶⁴ Alonso de ZORITA: *Relacion*, núm. 110, p. 93.

Desde luego Zorita (también Villarroel) no ahorra comentarios ciertamente demoledores sobre el estado de postración en que encontró la administración de justicia en el virreinato de Nueva España¹⁶⁵. Pero sus valoraciones y sus acerbas críticas no se limitan a la mera enumeración de una larga serie de abusos e irregularidades de todo tipo. Puede decirse que eso es algo que aparece por todas partes cuando el investigador se adentra en el complejo mundo del derecho indiano: pragmáticas, instrucciones y cartas a los virreyes y audiencias, informes de autoridades españolas en Indias, documentos, literatura jurídica, crónicas, etc. En todos ellos el tema de la justicia y su anormal aplicación a través del proceso, especialmente penal, y el de la difícil situación de los naturales no constituye sólo un fenómeno recurrente, sino que se trata de algo omnipresente en la vida diaria del virreinato.

En alguna ocasión, el oidor Zorita abandona el frecuentado camino de las denuncias y del casuismo y penetra en la zona más abstracta y menos transitada de las valoraciones globales y de los principios. En algunos pasajes de su *Relación*, donde ocasionalmente el autor pulsa —o dice pulsar— la opinión de los propios naturales, nos encontramos con denuncias de tono mayor en las que la misma presencia de los castellanos en América es puesta en tela de juicio, cuando no criticada y hasta rechazada. La incuestionable existencia de un foso cultural que separa irremediamente a ambas poblaciones, la de los conquistadores y la de los naturales de esos territorios; la no menos innegable implantación en la Nueva España de un perverso pleiteísmo importado, como otras tantas cosas, de la metrópoli o, en fin, la visión de los españoles como conquistadores autoritarios que, como tantos otros a lo largo de la historia, han impuesto a sangre y fuego su ley a los vencidos son mostradas en toda su indiscutible crudeza. Sirva de ejemplo de todo ello este interesante comentario:

«Preguntado a un indio principal de México qué era la causa por que ahora se habían dado tanto los indios a pleitos... dijo: "porque ni vosotros nos entendeis, ni nosotros os entendemos ni sabemos qué quereis. Habeisnos quitado nuestra buena orden y manera de gobierno; y la que nos habeis puesto no la entendemos, e así anda todo confuso y sin orden y concierto. Los indios hánse dado a pleitos porque los habeis vosotros impuesto en ellos, y síguense por lo que les decís, e así nunca alcanzan lo que pretenden, porque vosotros sois la ley y los jueces y las partes y cortais en nosotros por donde quereis, y cuando y como se os antoja... y si en tiempo de nuestra gentilidad había pleitos, eran muy pocos, y se trataba mucha verdad e se acababan en breve, porque no había dificultad para averiguar cual de las partes tenía justicia, ni sabían poner las dilaciones y trampas que ahora"»¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Germán VÁZQUEZ CHAMORRO anota en su ya citada introducción a la obra del oidor Zorita que éste «pretende pasar por un leal servidor de la Corona cuando en realidad actúa como un portavoz laico de la orden franciscana, no siempre en sintonía con el Consejo de Indias», p. 8.

¹⁶⁶ Alonso de ZORITA: *Relación*, núm. 99, pp. 87 y 88.

37. ¿QUÉ PARTE SON LOS CURAS, NI LOS OBISPOS PARA CONCURRIR A LA PERDICIÓN DE UNOS MAGISTRADOS PÚBLICOS?

Con frecuencia se ha aludido a lo largo de este trabajo a algo suficientemente conocido. Se trata del trascendental papel que el elemento eclesiástico desempeñó en numerosos aspectos del proceso general que condujo a la incorporación de los nuevos territorios a la corona. De entre las muy variadas facetas que la participación de los religiosos presentó, interesan especialmente ciertos aspectos concernientes a la labor protectora que, de modo genérico, desempeñaron en todo momento sobre los indios. Sobre todo en aquellos casos en que esa protección, a mi juicio no siempre bien entendida por los celosos eclesiásticos, penetraba en asuntos estrictamente jurídicos o se deslizaba abiertamente por los vericuetos de la práctica judicial cuando una de las partes implicadas resultaba ser un indefenso indio. Ya la *Nueva Recopilación* había prohibido terminantemente que los clérigos ocupasen en la corte puestos de alcaldes o abogados, salvo casos muy puntuales¹⁶⁷. Sin embargo, para Villarroel, a la vista de la frecuencia con que tales intromisiones de los eclesiásticos en asuntos referidos a la administración de justicia se producía, a pesar de la prohibición legal, demostraba a diario que al fin y al cabo «*es lo mismo que si no las hubiese...*»¹⁶⁸.

¿Qué decir, entonces, de la participación de los curas en los procesos incoados contra autoridades judiciales? El autor de las *Enfermedades políticas* no vacila en pronunciarse sobre tan espinoso tema con la contundencia habitual en él. Nos informa que tales procesos comienzan con el «*simple dicho*» del denunciante, sin más formalidades ni elementos de prueba sobre la veracidad de su denuncia, «*pidiendo que informen los mismos curas que son los verdaderos instigadores*». Lo que hace a nuestro autor interrogarse del siguiente modo: «*¿Qué parte son los curas, ni los Obispos para concurrir a la perdición de unos magistrados públicos, cuando en el supuesto de ser delincuentes hay medios más honestos y menos ruidosos para imponerles el debido castigo? ¿Cómo admite [se refiere al juez comisionado] unos escritos en que le piden informen los mismos que son los interesados en la aniquilación de la jurisdicción real?*»¹⁶⁹. Concluye demandando la «*inhibición absoluta de mezclarse en asuntos de capitulaciones los curas ni sus vicarios y mucho menos los señores Obispos*»¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Véase *Nueva Recopilación* I.III.10 y II.XVI.15.

¹⁶⁸ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *enfermedades políticas*, p. 133.

¹⁶⁹ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, p. 91.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 93. Sobre la siempre polémica participación de los eclesiásticos en la vida americana y el contradictorio sentimiento que su actuación generaba, ved *AHNM, Civil*, tomo 2158, exped. 17, año 1795. Lo conozco a través de Bankroft Library, University of California, Berkeley, ref. M-A3, vol. 5, ff. 1-18.

Las denuncias de nuestro juez son merecedoras de crédito, puesto que él mismo, como ya se ha dicho, habla por propia experiencia. Además, el problema distaba mucho de estar localizado en el virreinato de Nueva España. Por el contrario, también parecía haber alcanzado carta de naturaleza en otros lugares del Nuevo Mundo. En 1746 (o 1747) Jorge Juan y Antonio de Ulloa nos describen con tintes más que sombríos las actividades de no pocos clérigos en el virreinato del Perú y que nos ponen sobre la pista de cuales eran los verdaderos y nada ocultos intereses de aquellos, por cierto que bien al margen de su verdadero ministerio. Sólo entresacaré algunos párrafos de su enérgico alegato contra muchos de estos ministros de la Iglesia enviados para procurar la conversión y el adoctrinamiento de los nuevos súbditos del rey de España:

«Estos curas, recibidos ya en sus iglesias, por lo general aplican todo su conato en hacer caudal, y para ello tienen varios establecimientos con los cuales atraen lo poco que les queda a los indios y ha podido escapar de la mano de los corregidores... Lo que se da por cada curato son sumas tan crecidas, que se hacen increíbles, y así bastará decir por ahora que esto se regula por el usufructo que se puede sacar por él»¹⁷¹.

Conviene aclarar que el juez Villarroel también conoció en carne propia las acechanzas de determinados elementos de la sociedad novohispana¹⁷². En su autorizada opinión el Juzgado de indios no constituía ni mucho menos la panacea ante los problemas que normalmente generaba la siempre difícil relación entre indios y españoles, fuesen éstos simples funcionarios, autoridades o particulares¹⁷³.

¹⁷¹ Jorge JUAN y Antonio de ULLOA: *Noticias secretas*, sesión quinta, núms. 5 y 12, pp. 244 y 249. Las páginas siguientes están repletas de datos que bien permiten hacerse una idea del comportamiento real de estos clérigos respecto a los indios que tenían a su cargo. Que los curas no siempre cumplían con su sagrado deber de proteger a los naturales de las Indias, tal y como correspondía a su ministerio y disponían numerosas normas de las Leyes de Indias, no sólo las recopiladas, sino también incontables cédulas, provisiones, mandamientos, etc., desde los primeros tiempos de la conquista, puede verse, entre otros muchos casos en *AHNM. Civil*, tomo 2158, exped. 17, año 1795. He tomado el dato de Bankroft Library, University of California, Berkeley, M-A3, vol. V, ff. 1-18: «Los Comunes de los pueblos de San Nicolás Teltelco y San Pedro Tayompa, contra su cura Párroco sobre alterarles la costumbre y exigirles pensiones indebidas», bajo la amenaza, muchas veces cumplida, de someterlos a malos tratos.

¹⁷² Woodrow BORAH: «Alguna luz sobre el autor de las “Enfermedades políticas”», publicado en *Estudios de Historia novohispana*, núm. 8, México, 1985, pp. 51-79. El documento que utiliza Borah para este episodio debe ser *AHNM, Civil*, tomo 2176, exped. 1: «Informe del Lic. Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: 1785. Doc. Relativo al Juzgado de Indios, 1534-1820. Está el documento en Bankroft Library, University of California, Berkeley, referencia M-A3, vol. VII. Informa positivamente sobre un asesor suyo a instancias superiores. El Expediente incluye un proceso abierto a Villarroel por diversos delitos y faltas, a los que alude Borah en su mencionado artículo.

¹⁷³ Pueden obtenerse muchos datos sobre el particular. Me limitaré a algunos a los que he tenido acceso. *AHNM. Civil*: Documentos relativos al Juzgado de Indios, 1580-1820, en Bankroft Library. University of California, Berkeley: M-A3, vol. IV, tomo 2163, exped. núm. 5, ff. 1-13. Comienza: 29 de agosto de 1788. Finaliza: 23 de octubre de 1788. Expediente promovido por María Incolaza, mujer de Domingo Felipe, indios tributarios del pueblo de Ayosiugo. Denuncia ante el Protector de Indios que su marido está en prisión por no haber podido entregar al alcalde

38. UNOS MAGISTRADOS PÚBLICOS EN QUIENES RESIDA LA JURISDICCIÓN REAL ORDINARIA

En términos que para nada inducen a confusión respecto adonde quiere llegar con sus críticas advierte que *«los vasallos tienen el indisputable derecho de ser mantenidos en la justa posesión de su honor, de su reputación y de sus bienes... y no estar expuestos a las violencias diarias de los tribunales de justicia»*. Propone soluciones drásticas en un doble sentido alternativo *«ya sea aboliendo enteramente este juzgado general... o ya que haya de subsistir, declarar que los pleitos que los indios muevan a los alcaldes mayores, vecinos*

mayor de Tlalmanalco una pequeña parte de lo recaudado en concepto de tributos. Alega que para incumplir la totalidad de sus obligaciones hubo tres razones: *«La primera, la falta de tributarios por haver muerto algunos, y otros ausentándose... y por lo propio no tenía de quien colectar este tributo. La segunda, porque con la miseria con que han quedado... no ha podido de estos recaudar el Real Tributo... es necesario irles cobrando conforme tengan. Y lo tercero, porque habiendo mi marido experimentado... el rigor de Azotes que le mandó dar, al Fiscal... Mi marido, Señor Excmo. No tiene bienes algunos con que reportar la quiebra. Yo por otra via padeciendo las mayores miserias, y las mismas aquel sufre en la prisión. De mantenerse en ella absolutamente se consigue el menor efecto para la paga. Saliendo de ella podrá cobrar aunque sea paulatinamente...»*. Folio 7 «México 12 de septiembre de 1788. Remítase este expediente al Alcalde Mayor de Tlalmanalco para que con arreglo alo pedido por el Sr. Fiscal Protector informe la cantidad en que Domingo Felípe está descubierto... el tiempo que lleva en prisión, y que no siendo otro el motivo lo ponga inmediatamente en libertad...». Folio 13: «Hágase como pide el Sr. Fiscal Protector General de Indios. México 23 de octubre de 1788. *Idem. AHNM. Civil*: Documentos relativos al Juzgado de Indios, 1534-1820. Bancroft Library: M-A3, vol. IV, tomo 2163, exped. núm. 7, año 1800: Don José Manuel Vallarta por Lucas López Indio Tributario del Pueblo de Guizaltepec de la jurisdicción de Zacualpan. Hechos: el indio va a buscar una vaca suya al rancho de su vecino (¿español?). El asunto termina en reyerta, en la que el indio causa daños físicos poco importantes al vecino. A continuación el agresor huye ante la amenaza de prisión por parte de la autoridad, así como del embargo de todos sus bienes. La defensa del indio es enérgica, vibrante y hasta agresiva en algunos momentos contra el proceder de la autoridad judicial. Por ejemplo: folios 3 al 10: *«Conforme a el Auto Acordado no debió el Encargado de Justicia proceder a el Embargo de bienes: y por lo mismo notoriamente se ha excedido. A más de esto, aún quando la herida huviera sido formal tan solo se haría mi parte responsable a satisfacer la dicha curación y costas, conforme al Bando de esta materia; pero parece que ni aún esto tiene que satisfacer porque ni cura ha necesitado... (la víctima) que está como siempre trabajando en su Rancho»*. Más enérgico aún es otro escrito del licenciado José M.^a Jáuregui dado en México a 30 de octubre de 1800, donde acusa a la autoridad encargada del tema de haber procedido con su anterior escrito *«con un tono despreciativo y poco reverente»*, de forma que *«lo devolvió en el acto diciendo que no valía nada»*. Acusa a la autoridad de desconocer sus obligaciones y del Derecho, de confundir secuestro de bienes y embargo, siendo como es administrador de Alcabalas, a quien corresponde tratar de este tema, de forma que aunque *«ignorase los trámites del derecho, no debía ignorar las leyes de la subordinación al tribunal»* competente. Tras el anterior escrito hay otro del juez competente dado en México a 21 de noviembre de 1800 que me parece bastante sereno y contundente: el indio fugitivo *«debe comparecer ante dicha Justicia, y responder allí a los cargos que se le hagan, a los golpes y heridas que confiesa dio con un cuchillo a Félix Bernardo... y no debe admitirsele otro ocurso permaneciendo contumaz, sino mandarle notificar vaya a presentarse inmediatamente a dicho Justicia bajo apercibimiento que de lo contrario se le pondrá preso en la Carcel de Corte...y que se le haga saber al licenciado Jáuregui devuelva en el acto los veinte reales que ha llevado al Indio, pues nada debe siendo como es tributario»*.

y hacendados de los pueblos se radiquen desde la primera instancia ante las reales audiencias», es decir «unos magistrados públicos, en quienes reside la jurisdicción real ordinaria»¹⁷⁴.

Sin duda Villarroel está pensando en que al trasladar a un magistrado profesional el conocimiento de aquellos pleitos en los que sean partes interesadas un natural y un administrador de la justicia, el honor y la reputación de los jueces locales no quedarán a merced de los caprichos o, lo que es peor, el resentimiento de los indios y sus eventuales defensores, eclesiásticos o no. Pero no solo eso, la administración de justicia en general, sobre todo en su nivel inferior en el que operaban los alcaldes mayores y corregidores se vería así regenerada. Sin duda con un excesivo optimismo opinaba que la participación de jueces con formación jurídica, es decir, letrados, y provistos de jurisdicción ordinaria habría de ser el único modo de devolver a la función judicial el rigor, la seriedad y el prestigio de los que había carecido en todo momento en la Nueva España.

39. COMO SI ESTOS DOMINIOS FUESEN DEL GRAN TURCO

Desde esta perspectiva considera poco menos que indispensable trasladar a Nueva España el modelo de juez castellano laboriosamente conseguido en la metrópoli a lo largo de siglos. Un juez experto y técnico a la vez, capacitado, por sí mismo o a través de asesores letrados, para enjuiciar los casos conforme a este tipo de procesos en los que la brevedad, contra lo que en un principio pudiera pensarse, constituye el principal obstáculo para lograr la garantía jurídica de los encausados. Y además de todo ello deben ser jueces conocedores de la especial idiosincrasia de los naturales. Por una parte, para que no confundan «protección» con «piedad» a la hora de dictar sus sentencias. Por otra, para que no sucumban ante la aparente humildad con que los indios suelen presentarse ante las autoridades con frecuencia para difamar a los alcaldes mayores. Si los capítulos de corregidores de 1500 encierran un modelo de juez contrastado por una práctica secular ¿qué razón hay para que no sean aplicados en la Nueva España?:

«Los Capítulos de los Corregidores que son en la España el norte por donde se deben guiar sus operaciones esta clase de magistrados... son desconocidos en esta capital y como si estos dominios fuesen del Gran Turco...»¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, p. 93. Sobre lo que desde la Baja Edad Media se entiende por jurisdicción ordinaria, en contraposición a la jurisdicción delegada, ver José M.^a GARCÍA MARÍN: *El oficio público*, pp. 36-75.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 141. Sin embargo y en cierta contradicción con lo expresado por Villarroel, conviene recordar que en 1530 el emperador emitió para las Indias unos breves *Capítulos de Gobernadores y regidores* en realidad dirigidos a los gobernadores, asistentes y corregidores actuantes en Indias. En opinión de Pilar ARREGI ZAMORANO: *Los alcaldes mayores en Indias*, p. 155, tales capítulos apenas se diferencian de los *Capítulos para Corregidores de 1500* que, a pesar de su título, también fueron dados tanto a corregidores, como asistentes, gobernadores y más tarde a los alcaldes mayores de los adelantamientos castellanos. Incluso en algunas de sus partes son en realidad una copia literal de estos últimos.

Son abundantes los ejemplos que podrían traerse aquí a propósito de la falta de idoneidad técnica de los alcaldes mayores y corregidores que ejercían su cargo en la Nueva España. Y ello en contraposición con buena parte de sus homólogos castellanos¹⁷⁶. Me voy a referir a un caso en el que, acusado de determinados abusos en el desempeño de su oficio de alcalde mayor, es encausado en 1529 el Bachiller Juan de Ortega. El proceso da comienzo a partir de una pesquisa secreta iniciada de oficio por el presidente y oidores de la Audiencia de la Nueva España. En el momento procesal en el que se produce la deposición de testigos, a la pregunta (núm. 28) del pesquisador de «*si saben quel dicho Bachiller Juan de Ortega... estudió en Salamanca diez años y ha tenido muchos cargos en Castilla, donde los dichos cargos de alcalde mayor e Teniente non los tienen sino Letrados y non los tienen personas que no saben letras... y digan si saben, que agora tienen las Alcaldías Mayores e los cargos, hombres legos que non saben letras...*». La respuesta del testigo llamado a deponer se produce en los siguientes términos: «... *que este testigo ha oído decir que en España y en la Isla Española ha tenido cargo de Justicia* (a continuación relaciona nueve nombres de alcaldes mayores de otros tantos lugares, de los que dice conocerlos)... *que todos estos non son Letrados, y en tal reputación están*»¹⁷⁷.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que siempre y en todos los casos los corregidores y alcaldes mayores que ejercían como tales en Indias carecían de los conocimientos técnicos exigidos en la península. Sirva como argumento el hecho de que no pocos de los que desempeñaban tales puestos provenían precisamente de allí. Aunque también es preciso no olvidar otro hecho relevante. Y es que cuando a fines del s. xvii la Corona decide recuperar para sí la provisión de estos cargos, no sólo como medio de frenar los abusos de los virreyes en la provisión de los mismos, sino también con el fin de introducirlos en la más rentable mecánica de la venalidad, las cualidades técnicas y la experiencia en los negocios de justicia de los aspirantes pasa a un segundo plano. Pero tampoco hay que aceptar como algo incuestionable que los oidores de la Audiencia de México estuviesen adornados en todos los casos de aquellas cualidades, al menos en grado suficiente. Y de nuevo en este caso la comparación con los oidores de las Audiencias castellanas es inevitable. En la ya mencionada carta del licenciado y antiguo abogado de la Audiencia de México Diego Téllez al príncipe don Felipe, expone aquel la conveniencia de que tales oidores, además de reunir los requisitos establecidos en la norma referidos a la edad, honestidad, temor de Dios, etc., recomienda expresamente que no sean «*mozos por casar salidos de los estudios que para oír en España causas en vuestras reales abdiencias y chancillería aún ternían que aprender*»¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cfr. Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano del antiguo régimen*, Madrid 1970, donde pueden hallarse abundantes referencias sobre el tema.

¹⁷⁷ *Colección de Documentos Inéditos relativos al Descubrimiento, conquista y organización de las Antiguas Posesiones Españolas de América y Oceanía, sacadas de los Archivos del Reino y muy especialmente del de Indias*, tomo XXIX, Madrid 1878, pp. 28 y 57.

¹⁷⁸ Francisco del PASO Y TRONCOSO: *Epistolario de Nueva España*, tomo XIV, cit., núm. 834, p. 156.

Como es de suponer la idoneidad sobre la que Villarroel sustenta sus encendidos argumentos de juez del Antiguo Régimen es, más remotamente, aquella consagrada desde mediados del s. XIII en el venerable código de las Siete Partidas. Una idoneidad pensada para Castilla y para jueces castellanos por el primer texto normativo de derecho territorial de aquel reino. Sin duda en éste, como en tantos otros aspectos de su rica materia, el código alfonsino logró alcanzar una vigencia difícilmente igualada por cualquier otro texto normativo de carácter territorial en el ámbito europeo. La perdurabilidad de las Partidas se debió, sin embargo, no sólo a su indiscutida perfección técnica, sino también al lento madurar de las ideas renovadoras en España, sobre todo desde principios del s. XVIII y, con ellas, al tímido impulso que en ella alcanzó la tendencia legalista.

En cualquier caso, aquellos preceptos consagradores de lo que en alguna ocasión he denominado «estatuto del oficial público», habrían de constituir la base del «derecho funcionarial castellano» al que en el futuro habrían de someterse muy especialmente los intérpretes y aplicadores del derecho. En cierto modo el proceso de tecnificación, objetivación y racionalización es algo que ya encontrados perfilado en sus líneas fundamentales durante los ss. XVI y XVII. Lo cual supone que aunque no llega a perderse la esencial vinculación de los oficiales públicos con el soberano, cuya autoridad representan y de quien reciben el estipendio, en cierta medida empieza a apuntarse una mayor vinculación de aquellos con la comunidad. Su quehacer aparece ahora sujeto a un incipiente principio de legalidad, en el sentido de que las líneas fundamentales de su actividad se encuentran normativizadas, es decir, recogidas estatutariamente, con independencia de que, en última instancia, la base de esa regulación jurídica se encuentre en la propia voluntad del soberano¹⁷⁹.

40. EL OIDOR NO CONOCE SINO DE CAUSAS CIVILES, EL CORREGIDOR DE CIVILES Y CRIMINALES

En diversas ocasiones me he referido al distinto nivel de formación existente en corregidores o alcaldes mayores, por una parte, y oidores de la Audiencia o Audiencias, por otro. De hecho, acabo de citar un ejemplo en el que tales oidores no salen muy bien parados. Quisiera a este respecto recordar un inolvidable pasaje en el que Castillo de Bobadilla discurre a propósito de en cual de los dos jueces habían de concurrir mayores cualidades o calidades, a la vista de las funciones específicamente encomendadas por las normas a cada uno de ellos. Estas son sus palabras:

«... El Oidor solamente vee los pleytos que le relatan, y sentenciales con parecer y comunicación de otros compañeros, donde si el uno va errado en su voto, con la conferencia y examen se corrige, y se juzga por lo

¹⁷⁹ Ver José M.^a GARCÍA MARÍN: *La burocracia*, pp. 151 ss.

que votan los demás. Y esto de sentenciar los pleytos, es el menor trabajo que tiene el Corregidor, aunque vee y determina mas processos que el Oidor, al qual solamente ocurren los que se apelan, que no son la mitad de los que el ordinario sentencia: y para esto se requiere mas ciencia en el Corregidor que en el Oidor, porque el acertar o errar en las sentencias, pende de solo su parecer, sin que aya quien le adiestre si va errado... Iten, el Oidor no conoce sino de causas civiles, el Corregidor de civiles y criminales... El Corregidor ha de tratar con el Regidor tirano, y con el aldeano inorante, con el rico mandón, y con la abacera vocinglera, con el clérigo facineroso, y con el ciudadano de buen zelo, con la viuda honesta, y con el rufian atrevido, con el usurero cauteloso, y con el hijo de vecino incorregible, con la muger disoluta, y con el escribano desalmado, con el holgazán insolente, y con el frayle recogido... y no puede callar en público, ni votar en secreto, encubrir sus defetos, y administrar su oficio, como lo puede y haze el Oidor...»¹⁸⁰.

La realidad era, tanto en Castilla como en las Indias, que el corregidor constituía un elemento esencial de la política centralista y, por lo mismo, dirigente de la Corona. Su actividad diaria lo situaba más cerca de los problemas de los individuos y, por lo tanto, era un funcionario más vulnerable que muchos otros, más sujeto a influjos y eventuales tentaciones a cometer irregularidades. Además, su amplia competencia se desarrollaba normalmente sobre un fondo de permanente estrechez económica que, al fin y al cabo, estimulaba debilidades o tendencias más o menos ocultas o aparentes al cohecho, la prevaricación o la extorsión en cualquiera de sus formas.

41. UN MUNDO NUEVO SIN NINGÚN ORDEN NI RAZÓN NI COSA QUE SE PAREZCA A LO DE ALLÁ

Dicho esto debo añadir que el entusiasmo de Villarroel por trasladar a América el viejo modelo de juez castellano pecaba de un excesivo optimismo. Con anterioridad ha quedado asentada la idea clave de que la realidad social novohispana de los ss. XVI y XVII, pero también del XVIII, distaba de aquella que se daba en la península. En este punto la concordancia de puntos de vista entre los tratadistas contemporáneos es bastante notoria. Sólo pondré un ejemplo que me parece suficientemente ilustrativo de lo que vengo diciendo. En un escrito de 1547 en el que se elogiaba el gobierno del gran virrey de Nueva España Antonio de Mendoza se hace constar significativamente lo que sigue:

«... los de allá entenderán mejor los negocios de allá porque los tratan y así los harán y los negocios de acá no los harán porque no los entenderán ni a

¹⁸⁰ Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA: *Política para Corregidores*, I, III, núms. 74 y 75, pp. 62 y 63.

ellos, ni a la tierra, ni a la gente, porque el de acá es otro lenguaje y ha menester entendello y sabello».

Y añade a continuación: porque América es

*«un mundo nuevo sin ningún orden ni razón ni cosa que se parezca a lo de allá»*¹⁸¹.

Pero Villarroel se revela con hechos como hombre de acción y, por lo tanto, que no acostumbra poner una vela a Dios y otra al diablo. El mismo encono con que critica un tipo de proceso en que las garantías jurídicas de una de las partes brilla por su ausencia, pone a la hora de enjuiciar a sus propios colegas los administradores de la justicia en general. Sin duda sus quejas y denuncias no hacen otra cosa que ser engullidas en todo un clamor generalizado a todos los niveles. Es consciente de que la situación presente en Nueva España tiene un origen y él se siente obligado a denunciarlo, aunque el hecho sea del dominio público: *«los ministros de todas clases, que se envían a las Indias para la administración de la justicia... cada uno piensa que solo es destinado a avasallar al género humano, sin tampoco abatir su orgullo a preguntar lo que ignora, sino que les parece que todo lo saben»*¹⁸². La tiranía que desde las propias fórmulas procesales es posible ejercer contra los enjuiciados por parte de unos jueces y fiscales sin escrúpulos, es la que permite que *«se eternicen los negocios, multiplicando sin necesidad las entidades, los costos y el tiempo hasta perder enteramente a los litigantes»*¹⁸³.

Ni que decir tiene que este tipo de denuncias proliferan en los escritos de virreyes, visitadores, oidores, corregidores o alcaldes mayores, sin olvidar a los representantes de la enjundiosa doctrina indianista que se ocupó de estos y otros muchos temas concernientes al mejor gobierno de América. Por ejemplo, a fin de evitar los previsibles efectos negativos que un salario reducido podía producir en el comportamiento de un representante de la justicia, alentando su codicia y propiciando la larga serie de desmanes ya descritos, Jorge Juan y Antonio de Ulloa sugieren para el caso peruano una solución que habría de entenderse como necesario complemento a una mejora de las retribuciones. Una vez más nada nuevo respecto a lo prescrito por el derecho territorial castellano bajomedieval que es al que debe atribuirse la temprana formación de un verdadero «estatuto jurídico» del oficial público¹⁸⁴. Nos dicen los autores de las *Noticias secretas* que *«para dar más estímulo a los corregidores a que cumplieren bien y mirasen en todo por los indios, convendría también darles*

¹⁸¹ Tomo el dato de Víctor TAU ANZOÁTEGUI: *Casuismo y sistema*, p. 99

¹⁸² Hipólito RUIZ DE VILLARROEL: *Enfermedades políticas*, pp. 58 y 59.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 110.

¹⁸⁴ Cfr. José M.^a GARCÍA MARÍN: *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*, 2.^a ed. Madrid 1987, pp. 239 ss. También del mismo autor *La burocracia castellana bajo los Austrias*, 2.^a ed., Madrid 1986, pp. 151 ss. Más específicamente *El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público de la España de los Austrias*, en «Teoría política y gobierno en la Monarquía Hispánica», Madrid 1998, pp. 15-41.

ascenso en su carrera, de suerte que de un corregimiento corto, después de haberlo servido bien durante algún tiempo, cumpliendo las obligaciones de su cargo, podrían ser adelantados a otro de mayor jurisdicción, y así hasta llegar a serlo de las ciudades grandes»¹⁸⁵.

Muy en sintonía con el anterior Alonso de Zorita había ya resumido las posibles soluciones a un estado de cosas que a la altura de la segunda mitad del s. XVI ya se había instalado en la práctica judicial y, desde luego, en las propias conciencias de muchos de los encargados de la administración de justicia. Hablando por propia experiencia se expresará de la siguiente forma:

«que... no se dé lugar a que en los pleitos de indios o con ellos se hagan procesos ordinarios ni haya largas, sino que sumariamente se determinen, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos; ni se debería dar lugar a que los siguiesen ni les ayudasen procuradores ni letrados, ni solicitadores, pues todas son cosas que se pueden fácilmente averiguar, como no lo confundan y marañen letrados y los demás»¹⁸⁶.

42. ES FORZOSO QUE APRENDA ERRANDO, COMO LOS MÉDICOS SE HACEN GRANDES MATANDO

Sin duda el debate que desde hacía tiempo venía encendiendo las conciencias de algunos significados elementos de la magistratura novohispana y, sobre todo, de la prolífica y comprometida doctrina jurídica indianista, tenía su réplica –como no podía ser de otra forma– en la propia metrópoli. El núcleo de la cuestión se había enquistado aquí en un ya viejo y controvertido dilema. El de si para ocupar puestos de responsabilidad gubernativa o jurisdiccional había que preferir en los candidatos la presencia de la sola ciencia, o ésta debía concurrir para mayor provecho de la cosa pública con la experiencia. De ello me he ocupado hace ya tiempo¹⁸⁷. Ahora sólo expondré algunos ejemplos reveladores de la importancia con que en la corte, pero también en la Nueva España, se abordaba el asunto.

A mediados del s. XVII el obispo Juan de Palafox (que fue virrey de Nueva España) escribía no sin cierta ironía en sus palabras que los ministros en general, pero sobre todo los de la justicia

«aunque sucede que se hacen sabios en los puestos sirviéndolos algunos años y a fuerza de tiempo y experiencia, es a costa de lo público, porque es

¹⁸⁵ Jorge Juan y Antonio de ULLOA: *Noticias secretas de América*, sesión cuarta, núm. 56, p. 241. Cfr. Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor*, pp. 252 y 253.

¹⁸⁶ Alonso de ZORITA: *Relación*, núm. 85, p. 81.

¹⁸⁷ Véase José M.^a GARCÍA MARÍN: *El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público de la España de los Austrias*, en «Actas del IV Symposium de Historia de la Administración», Madrid 1983, pp. 261-280. También en «Teoría política y gobierno en la Monarquía Hispánica», Madrid 1998, pp. 15-41.

forzoso que aprendan errando, como los médicos que se hacen grandes matando...»¹⁸⁸.

Por su parte, un siglo antes y desde la altura de su larga experiencia política, mucha de ella fraguada junto al Emperador, ya Fray Antonio de Guevara confesará tras madura reflexión:

«No querría yo que el juez al tiempo de sentenciar mi pleyto, se aprovechase solamente de lo que estudió en el tiempo pasado, porque para hacer los procesos basta tener experiencia, mas para dar sentencia querría que estudiase la causa... y como los jueces mozos y los médicos nuevos tienen la ciencia y no tienen la experiencia, primero que vengan a ser grandes hombres, quitan a muchos las vidas y a muchos más las haciendas. Hay otro peligro con los jueces nuevos y es: que como vienen de nuevo a la judicatura, y traen en los labios la ciencia, querrían ellos ganar con sus compañeros honrra, y para esto tienen por uso que al tiempo que se juntan a votar los pleitos, no se ocupan sino en allegar opiniones de doctores, por manera que muchas veces estudian más para ostentar su ciencia, que no para averiguar el punto de la justicia.»¹⁸⁹.

Y, en fin, por no desatender los argumentos esgrimidos por personaje tan relevante en la administración de justicia que, además, estaba firmemente incardinado en los presupuestos del Antiguo Régimen, recogeré algunas denuncias y otras pocas sugerencias del abogado, fiscal pero ante todo Corregidor de larga experiencia Jerónimo Castillo de Bobadilla. Estos son sus ilustrativos argumentos que, aunque extensos, merecen ser reproducidos casi en su integridad:

«No puede dejar de sentir en esta parte en nombre de toda la república el gran descuido, y no sé si es malicia, que muchos Corregidores tienen en acompañarse con tenientes idiotas que totalmente carecen de ciencia y de experiencia y entendimiento; y esto es o porque son amigos, o deudos y allegados, o están rogados los Corregidores, o por ventura dadvados, o engañados con falsas relaciones... o por otros particulares intereses... Excusa ordinaria es de los Corregidores... decir, que pues sus Tenientes son graduados en Universidades aprobadas, el título que tienen les excusa en las semejantes elecciones, y que la culpa se cargue sobre los examinadores que les dan facultad para usar de los dichos oficios. Yo no quito la culpa a los Varones que aprueban y aceptan hombres idiotas, para darles grados de Letrados: pero no me parece bastante excusa para el Corregidor, aunque fuesen aprobados por las insignes Universidades de Salamanca o de París... Porque por un acto solo, cual es el examen, no se induce el caudal de la jurisprudencia necesaria para ser juez, como tampoco por un acto no se induce servidumbre ni costumbre, porque pudo ser... que le cupo en

¹⁸⁸ J. de PALAFOX Y MENDOZA: *Juicio interior y secreto de la Monarquía para mí solo*, s.l., 1665.

¹⁸⁹ Fray Antonio de GUEVARA: *Epístolas familiares*, utilizo la ed. De Amberes 1665, pp. 155 y 156.

*suerte algún punto o materia amiga, en la cual con poco trabajo haga el examen... Lo que no cabe duda es que por el Teniente ignorante y no aprobado, estará obligado el Corregidor a satisfacer y pagar por sus errores, daños e injurias civilmente... porque debe el Corregidor informarse... de la suficiencia de su Teniente.»*¹⁹⁰.

Debo insistir, aunque parezca innecesario, que estos argumentos esgrimidos por los tratadistas en la península y para la península eran perfectamente válidos para el caso americano. Incluso podría añadirse que en este último supuesto con más razón, habida cuenta de la «quiebra» –aunque esta sea relativa– que el enconado legalismo de la metrópoli había sufrido al entrar en contacto con la multiforme realidad de los territorios americanos. Como ya he anotado al principio de este trabajo, el proceso de «castellanización» iniciado casi simultáneamente en las Indias y en Italia experimentó un freno, tanto más inevitable cuanto mayor fue el contraste entre mundos jurídicos más o menos diferentes. Ello no impidió, sin embargo, que las obras de algunos destacados representantes de la doctrina jurídica y también no jurídica castellana circulase sin dificultad por ambos espacios, el americano y el italiano, aunque ello fuera debido a razones muy diferentes, como ya ha quedado expuesto¹⁹¹. Es del todo elocuente lo que nos relata Mariluz Urquijo precisamente respecto de uno de los más representativos como denostados agentes de la justicia regia en las Indias: «... lo primero que hace un corregidor altoperuano al ser designado en 1778 es encargar a Buenos Aires la vara de la justicia que simbolice su poder y la *Política para corregidores* que le ayude a ejercerlo»¹⁹².

¹⁹⁰ Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA: *Política para Corregidores y Señores de vasallos*, manejo la ed. De Amberes 1750, I, VI, núm. 25, p. 76; núms. 31 y 32, p. 78; núms. 38-41, p. 80.

¹⁹¹ Véase José M.^a MARILUZ URQUIJO: *El saber profesional de los agentes de la administración pública en Indias*, en «Estructuras, gobierno y agentes de administración en la América española (ss. XVI, XVII y XVIII)». Actas del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Valladolid 1984, pp. 251-276. En p. 259 escribe: «... durante los ss. XVI y XVII gobernantes, tratadistas y funcionarios de España y América, sin negar que el agente de la Administración Pública pueda enriquecer su saber mediante un estudio científico –especialmente basado en la historia, la política y el derecho– estiman que la verdadera escuela es el escritorio, que el mejor maestro es un oficinista veterano, capaz de transmitir su experiencia y que el buen discípulo debe esforzarse en conocer los misterios de la práctica, adueñarse de las rutinas, manejar con soltura los formularios, imitar lo que en iguales circunstancias practicaron sus antecesores. Es una enseñanza práctica, que mudando lo que haya que mudar, se parece mucho a la que recibe el aprendiz en el taller del maestro artesano». Es interesante observar lo que entonces se recomendaba debían ser los conocimientos de un ministro del más alto nivel, como era un consejero de Indias y los que se prescribían a un empleado del nivel inferior, pp. 264 y 272 respectivamente. Ver el documentado estudio de Alfonso GARCÍA GALLO: *La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los ss. XVI al XVIII*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», XLIV, Madrid 1974, pp. 157-200. Comparativamente, para el caso de los ministros españoles destinados en Nápoles, ver José M.^a GARCÍA MARÍN: *Castellanos viejos de Italia. El gobierno de Nápoles a fines del s. XVII*, Milano 2003, pp. 110-114, 190, 195, 234-245, 315 y 335.

¹⁹² José M.^a MARILUZ URQUIJO: *El saber profesional*, p. 274.

43. **ALGUNOS OIDORES DE LOS QUE AGORA A VM SIRVEN,
O POR MEJOR ACERTAR, DESIRVEN EN ESTA AUDIENCIA,
TIENEN POR AMPARO NO GUARDAR LAS LEYES REALES**

En líneas generales puede decirse que la justicia superior, es decir, aquella que administraban los oidores dentro de la Audiencia, no quedó al margen de las críticas que afectaban en un nivel inferior a corregidores y alcaldes mayores. Ya hemos aludido a algunas de ellas en las que se les acusa de forma directa no sólo de no poseer los conocimientos técnicos que adornaban a sus homólogos peninsulares, sino también de otros errores perfectamente equiparables con los que cometían los denostados jueces de la primera instancia. Es decir, la lentitud con que se tramitaban los pleitos, maltratar a los litigantes, conceder poca atención a sus funciones dentro de la Audiencia, buscar el enriquecimiento personal a través de medios expresamente prohibidos, enfrascarse en penas y esterilizantes rivalidades con sus colegas, e incluso tensiones con el propio virrey, etc. Todo ello explica el elevado número de visitas de que fueron objeto sólo en tiempos del virrey Velasco¹⁹³.

En definitiva, la impresión que se obtiene es que entre 1550 y 1564 estos oidores eran escasos en número, estaban mal avenidos entre sí y cometían los mismos o parecidos excesos que los justicias. También sabemos que en 1641, casi un siglo más tarde, el Visitador General Palafox se refería expresamente al escaso nivel de justicia que se aplicaba por los mismos, aunque fuera en comparación con la casi inexistente que solían administrar los jueces inferiores.

En 1552 el franciscano Fray Ángel de Valencia dirige al emperador una de tantas cartas incendiarias a que tan inclinados eran los religiosos, a propósito de los excesos cometidos por los españoles en la Nueva España. Con referencia a los oidores de la Audiencia de México hace el contundente comentario de que «*algunos de los que agora a VM sirven, o por mejor acertar, desirven en esta Audiencia, tienen por amparo no guardar... las leyes Reales que VM ha hecho*». Semejante desacato queda en la más completa impunidad, según comenta el franciscano, cuando al pedírseles la residencia a los oidores corruptos todos sus excesos desaparecen como por ensalmo. Cuentan para ello con la interesada colaboración de españoles y encomenderos dispuestos a pagarles sus favores judiciales a través de testificaciones favorables. Lo curioso del caso es que algunos de estos *testigos sobornados y parciales* se ven obligados con posterioridad a retractarse ante la proximidad de su muerte, saliendo entonces a la luz los «*testimonios falsos que hayan dicho y levantado por complacer a un oidor contra otro*»¹⁹⁴.

Como ya he comentado con anterioridad, muchos de los defectos que arrastraba la administración de justicia desde hacía largo tiempo tenían un origen bien definido. La privatización de los oficios públicos, la poca eficacia de los juicios de residencia, la forma como se concibió una retribución de los fun-

¹⁹³ Cfr. M.^a Justina SARABIA VIEJO: *Don Luís de Velasco virrey de Nueva España, 1550-1564*, Sevilla 1978, pp. 42-48.

¹⁹⁴ En «Biblioteca de Autores Españoles». Cartas de Indias, tomo I, Madrid 1974, p. 113.

cionarios judiciales en principio presidida por la escasez, etc. Todos ellos, incluso individualmente considerados, eran factores determinantes del estado de postración en que se hallaba una administración de justicia lastrada por problemas mucho más estructurales que puramente operativos.

Quiero decir con esto que los errores más prominentes no parecieron deberse tanto a defectos institucionales u orgánicos del aparato judicial, de funcionamiento del mismo o bien relativos a la idea misma de cómo la justicia debía ser aplicada. Lo que desde el principio pareció fallar fueron los mecanismos de impulsión de la propia justicia. Entre ellos el modo como se produjeron muchos accesos a la judicatura sin considerar las cautelas ya previstas por el derecho territorial castellano desde el s. XIII; la ineficacia de los controles inmediatos al ejercicio, como los juicios de residencia; la insensibilidad con que las autoridades parecieron abordar un asunto del calibre del *salarium iustum*, poniéndolo en relación con el *iustum pretium* y tratando de evitar a toda costa lo que, a la vista de los hechos, parecía inevitable, la frecuente práctica de las *donationes remuneratoriae*¹⁹⁵; la pasividad exhibida por los gobernantes a la hora de atender muchas de las clamorosas denuncias de los visitadores; los titubeos con que el poder central plantó cara a los enfrentamientos entre las altas instituciones de gobierno y justicia del virreinato (virreyes y oidores, visitadores, virreyes y oidores) etc.

Es conocido que sobre todo ello no faltaron proyectos, casi todos ellos surgidos a partir de las denuncias de los visitadores o a instancia de las propias autoridades novohispanas. La descentralización que, de hecho y en medida apreciable, vino a instalarse en el modo de aplicar el derecho y de hacer efectiva la justicia en la Nueva España, fue en realidad aceptada como un mal menor o como un mal necesario para la buena marcha del conjunto. Puede decirse que en general faltó verdadero espíritu innovador, decisión para verificar cambios. Pero esto era bastante difícil de lograr dentro de un sistema político como el imperante en España en los ss. XVI al XVIII. Buscar soluciones que procurasen que el soberano pudiera conciliar el sueño, es decir, las que se hacían para «descargo de la Real conciencia», como repiten hasta la saciedad los documentos del período, no parecía ser, desde luego, el mejor antídoto contra esas «enfermedades».

¹⁹⁵ A principio del s. XVII M. LISÓN Y BIEDMA: *Discursos y apuntamientos en que se tratan materias importantes del gobierno de la Monarquía y de algunos daños que padece y su remedio*, s.l. 1621, f. 36 pone en boca del rey el disgusto que le causan los daños ocasionados por los jueces por no haberlos elegido a propósito «pues se han enriquecido, y acrecentado con tan moderados salarios como les doy». Y Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA: *Política para corregidores*, I, XIV, núm. 25, p. 184 llega a afirmar que con frecuencia son los mismos tenientes los que, empujados por su penuria económica, actúan como cómplices de los corregidores en sus actuaciones abusivas, lo que el autor explica porque «muchos Corregidores buscan Tenientes con estas condiciones... y la causa es, porque estos tales en sus tierras no ganan para agua, ni son para el oficio de letrados». Finalmente y por no incidir en una exhaustividad innecesaria recordaré esta categórica sentencia de A. FUERTES Y BIOTA: *Alma o Aphorismos de Cornelio Tácito*, Amberes 1651, p. 172: «Es tan grande la fuerza de las dádivas, que no hay ánimo, por fuerte que sea, que recibéndolas no se quebrante en ellas, y se incline a favorecer la persona de quien salen, y por esto de ninguna manera es justo se permitan a los jueces». Puede consultarse para todo esto mi *Monarquía Católica en Italia*, pp. 156-187.

des» que con tanto desparpajo como verosimilitud denuncia, entre otros muchos espectadores atentos, el fogoso e ilustrado alcalde mayor Villarroel.

**44. NO SABRÉ YO DECIR EL PODER DE UN OIDOR ACÁ
Y LOS GRANDES MALES Y DAÑOS QUE PUEDE HACER
SIN HABER REMEDIO EN ELLOS**

Como se ha podido apreciar el sagaz oidor Valderrama nos ha dejado sutiles apreciaciones sobre el estado general de la justicia en la Nueva España, así como otros juicios más particulares sobre la actuación de determinados sujetos al frente de cargos jurisdiccionales. Todo ello sin olvidar administrar oportunamente alguna que otra invectiva sobre el propio virrey. Respecto de los oidores de la Audiencia de México, en 1564 insiste en la necesidad de que tales altos ministros de la justicia sean técnicos y experimentados, es decir conocedores de su oficio tanto desde el punto de vista teórico como por acreditar una práctica dilatada en el despacho de los negocios de justicia. A ello añade la necesidad ineludible de que se trate de personas cuya probidad se extraiga tanto de sus cualidades morales, como de su vida y costumbres. Mantener este tipo de exigencias (ya previstas por la legislación alfonsina) constituye para él requisito ineludible en el caso de los oidores y ello por una razón muy simple: «*porque no sabré yo decir el poder de un oidor acá y los grandes males y daños que puede hacer sin haber remedio en ellos*»¹⁹⁶. Salvo en el supuesto en que el perjudicado por la sentencia de la Audiencia acuda al Consejo de Indias. Sólo en este caso, advierte Valderrama, el administrado podrá encontrar el reconocimiento de su derecho. Pero no sólo es ese el único efecto positivo que puede originar hacer llegar los pleitos al máximo organismo para los asuntos americanos. Los oidores, por su parte, deberán afanarse no poco en buscar explicaciones si procedieron de forma irregular al conocer previamente del caso. Según nos informa el oidor-visitador los oidores corruptos por lo común en estas situaciones «*quedan destruidos, y dan acá veinte entendimientos a las sentencias y cartas ejecutorias del Consejo, diciendo si pudieron hacer esto o lo otro y cosas semejantes, y no en los rincones, sino en mi presencia*»¹⁹⁷.

**45. SIEMPRE VOTA DE MANERA QUE NO SE HAGA SENTENCIA
POR SU VOTO**

Pero también nos ha obsequiado Valderrama con algunas punzantes estampas del funcionamiento de la Audiencia y de la personalidad de algunos de los oidores que, a pesar de su matiz pintoresco, nos enseñan posiblemente más

¹⁹⁶ Carta del licenciado Valderrama a SM en su Real Consejo de Indias, México febrero-marzo de 1564, doc. VII, p. 52.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

sobre el funcionamiento de la justicia superior que otras noticias en principio dignas de mayor crédito. De un tal doctor Ceynos nos dice que a pesar de sus grandes virtudes humanas y su dilatada experiencia en los negocios de justicia, ambas cosas reconocidas por todos, lo avanzado de su edad hace que no se pueda ya esperar de él sino graves desatinos. A su juicio el tal Ceynos «*está muy viejo y en peligro de echar a perder la justicia al que la tuviere*». Comunica al rey que su permanencia en el cargo constituye todo un peligro para el buen funcionamiento de la Audiencia. Es por ello por lo que considera que «*según Dios y mi conciencia él no está para ser oidor ni Vuestra Majestad descarga la suya con tenerle aquí*».

De otro oidor bien conocido por nosotros, el doctor Zorita, alaba sus muchas cualidades como jurista, algo que también parece ser el sentir general. Pero sus problemas auditivos le ponen en peligro de ser él mismo un peligro mucho mayor. Aunque solicitó y obtuvo del rey licencia para retirarse, la intervención del virrey apoyado por los inevitables frailes malogró la operación retirada con el inapelable argumento de que «*ya oía*». Ello a pesar de que el concluyente informe de dos doctores dictaminaba algo muy diferente: que «*él no está para ser oidor, y dice verdad*». A pesar de que sus benévolos colegas también informaron favorablemente sobre la aptitud de Zorita, la realidad de los hechos era bien distinta. Valderrama, poco propenso a debilidades o entusiasmos basados en el simple afecto, cuando lo que está de por medio es algo tan trascendental como una justicia bien administrada, sentencia que lo cierto es que «*él no está para servir, porque no oye la relación de los procesos ni en el acuerdo entiende lo que votan los compañeros, y así cuando alguno acaba de votar se satisface con entender si condenó o absolvió sin haber entendido razón alguna del voto. Y él, como hombre que siente su falta mejor que nadie, siempre vota de manera que no se haga sentencia con su voto, y si en vista ha votado una cosa con que no se hizo sentencia y en la revista por faltar alguno o por otra razón viene a hacerse sentencia con su voto, muda de parecer para que se remita*»¹⁹⁸.

46. ALGUNOS SON SEÑORES DE SU VOLUNTAD Y OTROS SUBJETOS A LA AJENA

Páginas atrás me he referido a ciertos aspectos negativos que tuvo el excesivo intervencionismo virreinal en los juicios de que conocía el *Juzgado General de Indios*, al menos durante el s. XVIII, período que abarcan los documentos que he manejado. Lo que no quiere decir en absoluto que los mismos problemas no existieran anteriormente. Quiero ahora destacar que los oidores de la Audiencia, a pesar de la posición preeminente que ocupaban en el virreinato no constituían en esto, una excepción. Lo que equivale a decir que tampoco estaban libres de sentir la inquietante influencia de «la poderosa mano del virrey» a la hora de conocer de los litigios que llegaban al tribunal superior. Si a ello añadimos la

¹⁹⁸ Carta del licenciado Valderrama (México febrero-marzo de 1564), núm. 7, pp. 51 y 52.

indudable tensión que en el seno de la Audiencia añadió desde 1552 la aparición del recurso contra las decisiones del virrey o presidente de la misma, del que precisamente debían conocer los oidores, las razones que pudieran justificar la existencia de cierto malestar no sólo parecen evidentes, sino que incluso hubieron de subir de tono.

Con fecha 10 de mayo de 1560 el doctor Vasco de Puga competente jurista y oidor de la Audiencia de México dirige un informe confidencial al rey. En él hace constar que con ello no hace otra cosa que cumplir el cometido que se le encargó al partir hacia su destino de avisar al monarca de las cosas importantes que presenciara, con el fin de poner remedio a las que por su naturaleza reprobable lo mereciera. Tras comunicar al rey que en ese momento existen cinco oidores y se está a la espera de otro, pasa seguidamente a hacer la siguiente esclarecedora advertencia: «... *algunos (oidores) son señores de su voluntad y otros sujetos a la ajena*». La escueta comunicación en realidad no tiene desperdicio. Sus críticas van dirigidas directamente al virrey presente que no es otro que don Luis de Velasco. De él dice que se ha rodeado de familiares (un yerno, un hermano y un hijo), todos ellos titulares de copiosas fortunas adquiridas mediante operaciones mercantiles o a través de matrimonios extraordinariamente favorables. A la escueta descripción del montante de tales fortunas sigue el siguiente comentario: «... *de manera que en esta tierra habrá pocas personas que salgan de deudo al virrey*». Algunos allegados al virrey han cometido delitos (tal es el caso de un sobrino de la cuñada del propio virrey) sin que la justicia haya podido actuar contra ellos.

47. **TODOS TIENEN PADRINOS, PORQUE CADA DÍA SE HAN MENESTER LOS UNOS A LOS OTROS**

Por lo que al virrey Velasco se refiere informa de lo siguiente: «... *y entrando en (el) Acuerdo como entra con los oidores y sentándose en audiencia como se sienta, ay pocos negocios que no toquen a sus deudos y cuñados y como he dicho los oidores que por algunas causas justas resisten a la voluntad del Virrey por hazer Justicia, otros le quieren complacer y ansí en lugar de hazer Justicia, no la hazen por lo mucho que les persuade en público y en secreto*». Recomienda Puga que para que la justicia no se vea interferida y forzados los oidores a dar sentencias injustas como consecuencia de las presiones del virrey «*convendría que el Virrey no entrase en el Acuerdo porque los oidores tubiesen libertad de hazer Justicia*». Dados los inconvenientes que con tal proceder se ocasionan y que de no remediarlos con tiempo darían lugar a alteraciones entre los vecinos, suplica al soberano que «*lo remedie con brevedad porque conviene mas de lo que aquí podré significar*»¹⁹⁹.

¹⁹⁹ AGI. México. Legajo 68. Carta del oidor Vasco de Puga a Felipe II de 10 de mayo de 1560. En carta sin fecha dirigida al emperador por ciertas personas anónimas de México, referida seguramente al mismo virrey Velasco se deja constancia de que «*cada día los tristes españoles que en esta tierra vivimos estamos esperando el remedio que habemos enviado a pedir a*

Pocos años más tarde las cosas tocantes a la administración de justicia seguían de la misma manera. En carta desde México a Felipe II con fecha 24 de febrero de 1564, el licenciado Valderrama visitador general de la Nueva España, hace saber a su señor escuetamente que «*Lo de la justicia no está como yo quisiera. Hay mucha falta de ella*». E inmediatamente pasa a enumerar una serie de razones que justifican su preocupación por la marcha de la justicia a nivel de la audiencia de México. Entre ellas recuerda la necesidad ineludible de proveer dos alcaldías del crimen para que los asuntos criminales puedan ser atendidos debidamente²⁰⁰. Tal vez sea interesante resaltar que este último constituye uno de los escasos puntos de coincidencia entre el virrey y el visitador general²⁰¹.

Tras la muerte del virrey Velasco en el mes de julio del mismo año, las inquietudes del visitador se hacen más patentes aún. En nueva carta al rey y dirigida al Consejo de Indias de fecha 18 de agosto insiste en los mismos argumentos anteriores, pero ahora, lógicamente, exhibiendo mayores motivos para la intranquilidad. La muerte del virrey había dejado en manos de los oidores de la Audiencia no sólo los asuntos de justicia, sino también los de gobierno, privándoles del indispensable apoyo que en estos últimos representaba la presencia virreinal. Aunque Valderrama se inclinaba a considerar –tal vez confundiendo en su apreciación realidad y deseo– que el cuerpo de los oidores sabría salir adelante con la multitud de negocios a que deberían hacer frente, no oculta a su soberano la urgente necesidad de adoptar dos medidas con carácter de máxima urgencia. La primera el inmediato envío de un nuevo virrey, puesto que con su ausencia «*no podrá dejar de haber mucha quiebra en los negocios, así de justicia como de gobier-*

vuestra majestad de que nos dé a quien podamos pedir justicia y nos la haga de los agravios quel visorrey y gobernador nos hace, porque aunque la vamos a pedir al Abdiencia no nos la hacen ni osan hacella, no pueden porque como él se halla presente como presidente que es della no nos la hacen ni osan acella ni pueden ni se la deja hacer... y esto a los pobres conquistadores que han ganado la tierra a vuestra majestad y en pago de sus servicios les da este galardón... y sin informarse de la verdad los persigue... y que de lo que ha treinta años que pasó que no pesaba una paja havello...». En Francisco del PASO Y TRONCOSO: *Epistolario de Nueva España*, tomo XV. Documentos sin fecha. México 1940, núm. 863, pp. 96 y 97.

²⁰⁰ *Carta del licenciado Valderrama a Su Majestad de 24 de febrero de 1564*, en «Documentos para la historia del México colonial», publicados por SCHOLÉS y ADAMS, tomo VII, México 1961, núm. 8, p. 89.

²⁰¹ En efecto. En carta del virrey Velasco al Carlos V de fecha 4 de mayo de 1553 observa aquel que «*en lo que toca a la buena gobernación y execución de justicia, si no me engaña la poca experiencia que tengo, importa mucho al descargo de la Real conciencia de VM que en esta Real Audiencia haya tres o quatro alcaldes letrados (del crimen) y de confiança, con el mismo partido que los oidores, y con la facultad que tienen los de Valladolid y Granada, assí entre españoles como entre indios, y entre indios y españoles. Esto sería de grande efecto, porque se haría justicia con presteza y rigor, que es aquí necessarísimo hasta asentar la tierra; los oidores tienen tantos negocios, que en los criminal no puede haber breve despacho, y así se olvidan los delitos, o se mueren los presos en la carçel, antes que llegue la execución...*» «*Carta de D. Luis de Velasco al Emperador Don Carlos...., México, 4 de mayo de 1553*», en «Biblioteca de Autores Españoles». *Cartas de Indias, tomo I*, Madrid 1974, doc. XLIX, pp. 265 y 266.

no». La segunda no es sino la reiteración de una solicitud ya anteriormente formulada, tanto por el virrey como por el visitador: la multitud de los pleitos que llegan hasta la Audiencia es de tal naturaleza que «a solos los de justicia (asuntos civiles) no pueden los Oidores dar recaudo... si Vuestra Majestad no los exonere de lo criminal, enviando alcaldes de chancillería...»²⁰². Entre otras cosas porque los pleitos civiles ocupaban la mayor parte de las energías y del tiempo de los oidores de la Audiencia de México.

La creación de una «sala del crimen» había sido una vieja aspiración del virrey Velasco que se remontaba a diez años atrás. Indudablemente su puesta en marcha habría supuesto un importante respiro para los oidores que, de esta manera, se habrían liberado de una carga ciertamente excesiva. Lo que sucedía era que la propuesta de Velasco no contaba con la opinión favorable del Consejo de Italia. Como es de suponer, esto constituía un escollo bastante considerable para la viabilidad del proyecto. Independientemente de la existencia de otras razones más de índole personal que de otra naturaleza, lo que siempre habría que tener en cuenta, el Consejo halló un argumento de peso para bloquear el proyecto virreinal. La creación de una sala del crimen habría supuesto la ruptura de la unidad competencial que era aconsejable residiese en la misma Audiencia. Más aún teniendo en cuenta las especiales condiciones en que se presentaban los asuntos en la Nueva España. Duplicar esa unidad de competencias asignando los asuntos criminales a una sala especial sólo podría originar tensiones indeseables en organismos de tanta importancia y tan lejanos de la metrópoli. Aunque los consejeros de Indias dejaban la puerta abierta para una solución futura del asunto, por el momento y a pesar de las evidentes dificultades, eran firmes partidarios de mantener la doble competencia de asuntos civiles y criminales en los mismos oidores. La posterior insistencia en el mismo asunto del visitador Valderrama, sí inclinó, al fin, la balanza a favor de una solución que parecía ser la más lógica y urgente. Convencido el Consejo de la necesidad de crear en México una sala del crimen, los trámites se aceleraron hasta que el 4 de mayo de 1568 se contó con la autorización regia²⁰³.

Al igual que había sucedido con anterioridad con el oidor Vasco de Puga, motivo de gran preocupación para Valderrama también lo había constituido el propio virrey Velasco y sus siempre tirantes relaciones con los oidores de la Audiencia. El origen de tan frecuentes fricciones, la acusada tendencia de aquel a favorecer a los suyos, deudos y amigos. De don Luis de Velasco afirmará sin preámbulos algo ya conocido: «*El Virrey por parte suya y de sus hijos y hermano está muy emparentado... y algunos de los Oidores también lo están, y así pocos negocios dejan de tocar a los unos o a*

²⁰² Carta del licenciado Valderrama..., tomo VII, núm. 16, p. 155 y núm. 12 p. 139.

²⁰³ Ernesto SCHÄFER: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, II, pp. 104 y 105. Ver las muy interesantes notas 335 y 336 de p. 105, donde el autor recoge interesantes cartas de Valderrama al Consejo de Indias y en las que se aprecia claramente los términos de la solución final al viejo asunto de las salas del crimen para México.

*los otros y todos tienen padrinos, porque cada día se han menester los unos a los otros»*²⁰⁴.

48. NO TENGO POR BUENO QUE EL VIRREY SEA PRESIDENTE, SINO QUE LO SEA UN LETRADO Y HAYA UN VOTO MÁS

Pero no sólo es eso lo que preocupaba al diligente visitador, a pesar de que pocos años antes el mismo tema atrajera el interés de Vasco de Puga. También le inquietaba algo más concreto: el *modus operandi*, es decir, la forma como se administraba la justicia en la audiencia de México. Se trataba de una situación en la que entendía involucrados a los principales responsables, tanto el virrey como los oidores. De uno y otros dice de forma tan escueta como inapelable que *no están muy puntuales en hacer lo que deben*. A pesar de que gran número de cédulas y provisiones regias se ocupan de dejar *harto mejor ordenado* todo cuanto pueda referirse a una correcta administración de la justicia superior, la realidad es bastante diferente. Y lo es por una razón tan simple como bien conocida por todos los que puedan estar relacionados, de una u otra forma, con la aplicación del derecho: porque la existencia de una normativa no prejuzga su insoslayable cumplimiento. Según Valderrama tanto el virrey-presidente como los oidores de la Audiencia conocen de sobra la existencia de tales cédulas y provisiones, *pero no las guardan*. Si esto sucede con mandatos emanados del propio rey –discurrirá el

²⁰⁴ *Carta del licenciado Valderrama a Su Majestad. México 24 de febrero de 1564*, en «Documentos para la historia del México colonial», tomo VII, núm. 8, p. 89. También agrega: «*Es cosa muy necesaria que aquí haya alcaldes del crimen... Yo tengo entendido que es una de las cosas más importantes que de presente puede haber para esta tierra... También hay que sacar de la Audiencia dos Oidores, no porque hayan hecho cosa indebida que yo sepa hasta ahora, sino porque el uno está muy viejo y no está para servir, y el otro tampoco por estar muy sordo...*». Con anterioridad había insistido en estos mismos y otros puntos interesantes para la buena administración de la justicia. Así en *Carta de febrero-marzo de 1564* (doc. núm. 7, pp. 48 y 49) había expuesto al rey que «*las cosas de justicia en general no están como convendrían. El Virrey tiene muchos deudos por parte de su hermano e hija y sobrino, que están aquí casados, y de las hijas del gobernador Francisco Vázquez Coronado, que son sus sobrinas y están tres de ellas casadas, y de don Luis de Castilla y sus hijos casados y otras casas que dependen de estas. También la mitad de los oidores están emparentados aquí, y así pocos negocios hay que no toquen a los unos o los otros. Demás de esto los oidores, como tienen lo civil por más principal, no ponen la diligencia necesaria para prender a los delincuentes, y los presos no se castigan como convendría, pues los alcaldes ordinarios de la ciudad hacen justicia como entre compadres... Será necesario, y a mi juicio inexcusable, que haya alcaldes del crimen por el orden de Valladolid y Granada. La ciudad lo desea, aunque yo creo sin duda que les pesará cuando lo vean. Virrey y Oidores dicen que no se puede pasar sin ellos... siendo servido Vuestra Majestad de proveer tres alcaldes, bastarán cinco oidores, uno que ande visitando de ordinario por su turno... Los cuatro oidores que quedaren quedarán en una sala, que bastará no tratando de lo criminal...*».

visitador— *¿qué esperanza se puede tener de que guardarán lo que yo hiciere y ordenare?*

Para Valderrama la desidia de los que «gobiernan» la Nueva España tiene orígenes bastante claros. Por una parte conviene considerar lo contraproducente que resulta el hecho de que «*los que la gobiernan no echen tantas raíces en ella ni piensen acabar aquí la vida*». La permanencia en la tierra y en unos cargos llenos de posibilidades de todo tipo, constituyen a su juicio una de las razones de que estos altos ministros se abandonen en el cumplimiento de su tarea. Es por ello que la prudencia y la experiencia aconsejan que los oidores sólo ocupen sus puestos por un tiempo limitado, que en su opinión podría ser de seis años. Esta limitación temporal constituiría de por sí el mejor antídoto contra el descuido y la dejación en sus ocupaciones de quienes confían en la seguridad de su futuro. Pero sobre todo podría conducir a un resultado totalmente diferente al ya conocido, desde el momento en que los oidores «*sepan que aunque gobiernan bien no han de parar sino ser mejorados, mereciéndolo, y castigados no haciendo el deber*». Por otra parte recomienda el visitador Valderrama que *la cuenta* que normalmente se les exige tanto al virrey como a los oidores, es decir, la residencia, «*no sea tan de tarde en tarde, que en 20 años ó en 17 se acaba la vida de los hombres y el agraviado muere primero que se le haga justicia*».

49. **ES COSA RECIA VOTAR UN OIDOR CONTRA LO QUE EL VIRREY QUIERE, Y EN SU PRESENCIA HA MENESTER SER MUY ENTERO EL QUE LO HICIERE**

Finaliza el visitador su informe al Consejo de Indias abordando un tema cuya trascendencia para el gobierno y la justicia en la Nueva España ya he comentado. Una vez más la perspicacia de Valderrama se hace evidente al denunciar los riesgos que una desmedida injerencia de un presidente no letrado en asuntos estrictamente judiciales podía ocasionar y de hecho ocasionaba. Más aún cuando ese presidente gozaba de una autoridad y un poder de derecho y de hecho que le situaban por encima de todas las demás autoridades en la Nueva España, incluida la propia Audiencia. Aunque el sistema arbitrado para América lo permitía, esa interrelación entre funciones gubernativas y judiciales tenía sus riesgos. Y en no pocas ocasiones tales riesgos eran evidentes. Lo acabamos de ver en la por muchas razones esclarecedora denuncia de Vasco de Puga. Seguidamente lo volveremos a constatar y con igual contundencia en el caso de Valderrama, como con anterioridad lo comprobamos con abundancia de argumentos en el de Palafox.

Si el virrey y la Audiencia ostentaban el protagonismo en las cuestiones gubernativas y judiciales respectivamente, el delicado mecanismo que posibilitaba en la práctica el equilibrio de poderes regionales normalmente utilizado por la Monarquía también tenía sus fallos. Ya he hablado de ellos. El visitador

Valderrama los detecta y acto seguido los denuncia con estas palabras: «*Tampoco tengo por bueno que el Virrey sea Presidente sino que lo sea un letrado y haya un voto más, porque como el Virrey provee todo lo que hay en esta tierra, da a parientes, amigos y criados de oidores, y así todos le han menester y es cosa recia votar un oidor contra lo que el Virrey quiere y dice, y en su presencia ha menester ser muy entero el que lo hiciere*»²⁰⁵.

Poco tiempo después y tras producirse el fallecimiento del virrey Velasco, el visitador volverá sobre sus mismas denuncias y argumentos en carta al Consejo de Indias de 18 de agosto de 1564. A los razonamientos anteriores añadirá ahora otros nuevos que conviene tener presente por afectar de manera directa a la mecánica misma del gobierno y la administración de justicia en la Nueva España. Para Valderrama

«... por muy bastante hombre que sea el que viniere (como nuevo virrey) a gobernar y por mucho que asista a su oficio sin perder punto, no podrá proveer todas las cosas que hay como conviene, pues quitando de aquí todos los acuerdos y muchas mañanas que van a Audiencia, y las que no van, los ratos que gastan en ordenar lo que se ha de hacer y ver, yo entiendo que de necesidad habrá mucha falta en lo del gobierno y no pueden entender lo que firman, y así lo más viene a estar a disposición de los secretarios, como lo he visto por los libros del gobierno. Y no se puede medir lo de aquí con lo del Perú ni de otras Audiencias porque todas juntas las de Indias no deben tener tantos negocios como sola ésta y lo mismo entiendo del gobierno...» Por lo que se refiere al presidente de la Audiencia «*se podría proveer jurista que supiese estilo de Audiencia y estuviese o hubiese estado en ella. Habría mejor gobierno y un voto más y bueno, que no es de poca consideración*»²⁰⁶.

50. EL (VIRREY VELASCO) NO CONVIENE PARA ESTA TIERRA NI PARA JUSTICIA NI GOBIERNO

Como sabemos, el visitador no podía actuar directamente contra el virrey en los casos en que hubiesen razones para hacerlo. Sin embargo sí tenía al alcance de la mano un medio de proceder contra él, con independencia del juicio de residencia que no le correspondía poner en marcha. Se trataba de infor-

²⁰⁵ *Cartas del licenciado Valderrama*, núm. 8, pp. 95 y 96. Y en p. 97 insiste en algunos de los extremos anteriores: «*Y si Su Majestad fuera servido de proveer Virrey, convendrá mucho que sea por tiempo de seis años a los más y que entienda que infaliblemente, pasado aquellos, se le ha de tomar cuenta de su oficio y que no ha de echar raíces en la tierra con casamiento de parientes, etc. También a mi juicio convendría que no fuese Presidente...*». Extremos éstos sobre los que insistirá más tarde, tras la muerte de Velasco, en carta al Consejo de Indias de fecha 18 de agosto de 1564. Ver *Cartas del licenciado Valderrama*, núm. 16, p. 156.

²⁰⁶ *Cartas del licenciado Valderrama*, núm. 16, pp. 156 y 157.

mar al Consejo de Indias por vía confidencial de cualquier anomalía digna de ser tenida en cuenta que pudiera resultar de su actuación al frente de su alto ministerio. Ya hemos visto de qué forma y hasta qué punto entre 1641 y 1647 el obispo-visitador Palafox utilizó este mecanismo para poner en grave aprieto tanto al marqués de Caldereita como, con mucha más intensidad, al conde de Salvatierra. No es necesario insistir en el hecho que este tipo de informaciones –que el virrey podía conocer y replicar a través del propio Consejo– constituía un arma posiblemente tan eficaz como la actuación directa. Esta última sí podía ejercerla en casos graves sobre otros jueces y oficiales, aunque en última instancia cualquier actuación en este sentido debía ser previamente conocida y, en su caso, autorizada por el Consejo. No debe olvidarse que, en principio y excluyendo esos casos considerados graves, la misión del visitador consistía en instruir, no sentenciar²⁰⁷.

El caso es que el licenciado Valderrama –muy en consonancia con su fuerte carácter– no fue nada remiso en manifestar ante el Consejo cual era su opinión respecto al virrey Velasco. Como era su costumbre no se muerde la lengua a la hora de opinar tanto sobre su persona como su forma de gobernar. Digamos que en esta ocasión descarga su conciencia de toda responsabilidad trasladando el pesado fardo sobre la abrumada conciencia del soberano. Todo ello queda de manifiesto en las siguientes palabras que juzgo útil reproducir:

«... digo que por el descargo de mi conciencia y por la fidelidad que debo a Vuestra Majestad como a mi Rey y señor, que por lo arriba dicho y por lo que he entendido de los Oidores a quien se puede dar crédito y por lo que yo mismo he visto y entendido, que él no conviene para esta tierra ni para justicia ni gobierno, que entiendo algo de ello... y que si aquí queda, tengo por cierto que lo que yo dejare ordenado y acrecentado se tornará a desbaratar y disminuir, porque es grande el artificio de los frailes, por los cuales él se gobierna en todo y por todo»²⁰⁸.

JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN

²⁰⁷ Cfr. Guillermo CÉSPEDES DEL CASTILLO: *La visita como institución indiana*, p. 24.

²⁰⁸ *Carta del licenciado Valderrama*, núm. 8, p. 96. En p. 102 el visitador continua despa-chándose a gusto sobre el mismo asunto: «*Vuestra Majestad mande con el primer navío que hubiere despechar cédula para que el Virrey se abstenga de su oficio, y sea sea servido de proveer con gran brevedad otro que venga luego, y si no se hiciere, en volviendo la cabeza desbaratará cuanto yo hiciere, porque es mañoso y atiende a solo esto... Los frailes han sido señores de lo espiritual y temporal... Son capitosos (caprichosos) y como hallan ayuda y amparo en él, así por la sujeción que les ha tenido como porque no se descubra tanto el descuido con que ha hecho su oficio, ayúdalos y favorécelos, o por mejor decir, favorécese y ayúdase de ellos*». En p. 92 hace saber a su señor que «*He tenido gran contradicción en el Virrey para la cuenta. No sé si porque le tengan los frailes encajada su opinión o porque no salga a luz su descuido también*». Lo que le conviene, por temor de que no le hagan otras injusticias nuevas... sepa VM que los cabildos jamás escriben a VM lo que son obligados, sino lo que los gobernadores quieren, y si algún regidor da voto de lo que es razón que se escriba, lo primero ello no se hace, y lo segundo entra luego la destrucción en su casa; ¿qué mayor mal quiere?

España: Nación y Constitución (1700-1812)

SUMARIO: 1. España: nación histórica.–2. Nación política.–3. Nación cultural. 4. Nación *constitucional*: la Constitución del Estado.–5. El particularismo foral vasco-navarro.–6. Revolución, Constitución y Fueros.–7. Fueros, Cortes y Constitución.

1. ESPAÑA, NACIÓN HISTÓRICA

El agudo sentimiento de nación que recorre la historia de España operando a la vez sobre el fondo común romanogodo y el particularista medieval, vivió en el s. XVIII un proceso político de corrección unitaria que entrañó su reformulación constitucional. De entonces data el concepto de España como nación de Derecho público unitario, a salvo las peculiaridades forales del antiguo reino de Navarra y de las Provincias vascas integradas después de siglos en la Corona de Castilla. El pasado inmediato, representado por la Monarquía *unida* de los Reyes Católicos y la *universal* de los Austrias, hablaba de un mosaico de reinos, principados, condados y señoríos que sólo por tradición histórica, remozada por cronistas y escritores cultos, se refería a España, habiendo rechazado expresamente la utilización cancillerescas de su nombre los Reyes Católicos ¹.

¹ Un escueto párrafo de la Crónica de los Reyes Católicos, escrita por el cronista oficial Hernando del Pulgar, nos hace saber que tras la muerte de Juan II de Aragón (1479) y el ascenso al trono de esa Corona del príncipe Fernando, casado con Isabel de Castilla, se trató en el Consejo Real sobre la conveniencia o no de intitularse ambos monarcas «Reyes y Señores de España», «pues subyediendo en aquellos reinos del rey de Aragón eran señores de toda la mayor parte della». Sin embargo, los reyes, por razones que se omiten en dicha crónica, la única del ciclo

Antes bien, a despecho de la mitificada tradición hispanogoda y de la unidad dinástica de la monarquía, se había afianzado durante los siglos modernos

cronístico de la época que recoge esta noticia principal, «determinaron de lo no hazer», intitulándose en todas sus cartas al modo cancilleresco tradicional, simplemente declarativo o enumerativo de sus reinos, condados y señoríos bien que intercalando, a partir de la primacía reconocida a Castilla, territorios castellanos y aragoneses: [Fernando e Isabel, reyes de Castilla, Aragón, León, Sicilia, Toledo, Valencia, Galicia, Mallorca, Sevilla, Cerdeña...].

Esta escueta noticia plantea el problema del concepto de España en la época de los Reyes Católicos, una época tenida por principio de la unidad nacional. Este concepto se hacía depender de la unión, tras siglos de particularismo político, jurídico e institucional, de las dos grandes Coronas de la Península Ibérica, aglutinantes a su vez del mosaico regnícola medieval: la Corona de Castilla con su agregado de reinos y señoríos leoneses, gallegos, vascos, toledanos, andaluces y murcianos que, con su extenso territorio extendido del Cantábrico al Mediterráneo, recordaba el núcleo de la monarquía goda que mil años atrás había hecho nacer el concepto político independiente de Hispania; y la Corona de Aragón, representante de esa otra Hispania esencialmente periférica y mediterránea que, a partir de la unión dinástica del reino continental aragonés con el Principado de Cataluña en el s. XII, permitió la rápida extensión de la Corona a los territorios nuevos de Cataluña, Valencia y Mallorca en el s. XIII, y, más allá, la incorporación de Sicilia y Cerdeña y aun fugazmente de los ducados de Atenas y Neopatria al *imperio* de estilo clásico político y comercial catalano-aragonés.

Al margen de ambas Coronas quedaba la vieja Hispania ulterior lusitana, el *territorium portucalensis* medieval del reino astur-leonés, transformado en reino independiente de Portugal en el s. XII por la fuerza de las circunstancias geopolíticas y sucesorias. Igualmente, el reino de Navarra que siguiendo desde el s. XIII una sagaz política matrimonial con las casas francesas de Champagne y Evreux, pudo vivir entre sus poderosos vecinos peninsulares con relativa independencia hasta principios del s. XVI. Más al margen quedaba aún, por estar fuera del círculo de los reinos cristianos, el reino nazarí de Granada, último representante del Islam en la Península. Su conquista en 1492 por los Reyes Católicos fue saludado con gozo por toda la Cristiandad que veía recuperados estos antiguos territorios peninsulares, provocando en la corte de los reyes protagonistas de este triunfo anhelado por siglos un auténtico entusiasmo nacional. La *pérdida de España*, llorada desde las primeras crónicas altomedievales, se trocó en una España recuperada y el fin de la Reconquista, esos ocho siglos de constante guerrear de que hablara nuestra historiografía decimonónica datribuyendo un sentido político trascendente a las monarquías ibéricas nacidas precisamente de su oposición al Islam, marcó una época gloriosa de nuestra historia. Una historia que a despecho de los particularismos medievales, los cronistas y pensadores de la época ven en clave unitaria neogótica al estilo de las antiguas crónicas, abundando en un concepto clásico de Hispania, el mismo que cantaran San Leandro y San Isidoro de Sevilla. Todo el fervor nacionalista del *Laus Hispaniae* isidoriano [*Tú eres, oh España, sagrada y madre feliz de príncipes y de pueblos, la más hermosa de todas las tierras que se extienden desde el Occidente hasta la India. Tú, por por derecho, eres ahora la reina de todas las provincias de quien reciben prestadas sus luces no solo el ocaso sino también el oriente. Tú eres el honor y el ornamento del orbe, la más ilustre porción de tierra en la cual grandemente se goza y espléndidamente florece la gloriosa fecundidad de la nación goda*], esa madre fecunda de una gran nación libre, resuena ahora en las obras de Mosén Diego de Valera, Alonso de Palencia, Diego Enríquez del Castillo o Hernando del Pulgar.

La *Monarquía de todas las Españas*, en expresión de Diego de Valera, parecía estar reservada por antiguos sueños proféticos y anhelos historiográficos a los Reyes Católicos. «Profetizado de muchos siglos acá que no solamente sereis señores de estos reinos de Castilla e Aragón que por todo derecho vos pertenecen, mas avreis la silla imperial de la ínclita sangre de los godos, de donde venís, que de tantos tiempos acá está esparzida e derramada»¹. El viejo imperio hispánico leonés de la Alta Edad Media, nacido de la legitimación neogotocista de la monarquía astur-leonesa frente a los nuevos reinos cristianos peninsulares, latía en esta premonición historiográfica llamada a hacerse realidad con el descubrimiento y conquista de América y el desarrollo de la política norteafricana de los Reyes Católicos. Pero en esencia esta profecía se daba por hecha ya en 1492 gracias a «la industria, trabajo y diligencia» de la reina Isabel. En el prólogo de su *Gra-*

el derecho de los reinos y la constitución plural de la monarquía². Una concepción constitutiva plural que ni la *lex regia*, símbolo autocrático de los Austrias, tan duramente aplicada en la Castilla de las Comunidades como en el Flandes de la rebelión popular o en el Aragón de los *sucesos*, había podido alterar. Esta pluralidad constitutiva fue impuesta como garantía de continuidad en el cambio de dinastía por Carlos II a su heredero y sucesor Felipe de Anjou, de la Casa de Borbón, nieto de Luis XIV, el único rey capaz de mantener la integridad de la monarquía *universal*³. La solemne aceptación de esta cláusula testamentaria por Felipe V ante los representantes de la monarquía española primero⁴ y ante

mática castellana, Elio Antonio de Nebrija atribuía a la reina el hecho de que «los miembros y pedazos de España, que estaban por muchas partes derramados, se redujeron y ayuntaron en un cuerpo y unidad de reino, la forma y trabazón del cual está así ordenada que muchos siglos, injuria y tiempos no la podrá romper ni desatar».

Esta idea de la recomposición histórica de España era más social que política, más popular que oficial y, por lo mismo, más historiográfica que cancilleresca. El segundo matrimonio de Fernando el Católico con Germana de Foix en busca de sucesión y secesión prueba que este ideal no era compartido igualmente por el rey de Aragón que por la reina de Castilla, ni probablemente a su imagen por sus reinos respectivos. Todo hace pensar que era un ideal popular compartido principalmente por la nación gananciosa, Castilla, que desde la Edad Media y a medida que avanzaba de manera espectacular su dominio peninsular hasta dar por concluida prácticamente la Reconquista en el s. XIII con las grandes conquistas de Andalucía y Murcia, venía equiparando su nombre con el de España. *Vid.* a manera de síntesis de la antigua y nueva bibliografía dedicada a este tema siempre apasionante, V. PALACIO ATARD (ed.): *De Hispania a España. El nombre y el concepto a través de los siglos*. Madrid; J. P. FUSI: *España y la evolución de la identidad nacional*. Madrid, 2000; E. BENITO RUANO *et al.*, *España: Reflexiones sobre el ser de España*. Madrid, Real Academia de la Historia, 1997; A. DOMÍNGUEZ ORTIZ: *España, tres milenios de Historia*. Madrid, 2000; L. GONZÁLEZ ANTÓN: *España y las Españas*. Madrid², 2002. Cf. B. CLAVERO: «Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español» en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 Maggio 1989*. A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente, Milán, 1990, pp. 47-86.

² J. H. ELLIOT: *A Europe of composite monarchies, Past and Present*, 137, 1992, pp. 48-71.

³ La condición impuesta por Carlos II a su sucesor de jurar guardar leyes, fueros y costumbres («juramento que deve hacer de observar las leyes, fueros y costumbres de sus reinos y señoríos»), intentó garantizar la continuidad del antiguo régimen de gobierno austríaco. *Testamento de Carlos II*. Edición facsimilar con introducción de A. Domínguez Ortiz. Madrid, 1982. Un análisis de esta cuestión a la luz de dos informes contradictorios en J. M. JOVER ZAMORA: *Sobre los conceptos de monarquía y nación en el pensamiento político español del XVII*, en Cuadernos de Historia de España, XIII, 1950, pp. 101-150; desde una óptica jurídica, J. M. PÉREZ COLLADOS: *Una aproximación histórica al concepto jurídico de nacionalidad (La integración del reino de Aragón en la monarquía hispánica)*, Zaragoza, 1993. En general, *vid.* la serie de estudios reunidos en P. Fernández Albadalejo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del s. XVIII*. Madrid, 2001.

⁴ Su cumplimiento por el joven rey Felipe V ante una representación general de los reinos de Castilla y León en la tuvo el valor de simbolizar la continuidad del antiguo régimen de gobierno, A. UBILLA Y MEDINA: *Juramento y Pleyto Omenage que los reynos de Castilla y León, por medio de sus Capitulares y los Prelados, Grandes y Títulos, y otras personas hizieron el día 8 de mayo de 1701 en el Real Convento de S. Jerónimo, Extramuros de la Villa de Madrid a el Rey Nuestro Señor Don Phelipe Quinto, hijo del Serenísimo Señor Delphin y de la Serenísima Señora Doña Mariana Christina Victoria, Princesa Electoral de Baviera y del que su Majestad hizo a fastuosa ceremonia de San Jerónimo de Madrid de 8 de mayo de 1701, inmortalizada por la obra de Ubilla y Medina, selló públicamente este compromiso político al jurar guardar y confirmar las libertades y franquezas, exempciones y privilegios... buenos usos, costumbres y ordenanças...*

las Cortes de Cataluña⁵ y Aragón⁶ después, selló con la firmeza del juramento sacro el pacto de fidelidad y respeto al orden constituido de la monarquía con sus reinos. Un pacto de fidelidad roto en el transcurso de la guerra de Sucesión por la herencia de los Austrias españoles que, si en el ámbito internacional supuso el intento de reconstruir el equilibrio europeo, internamente suscitó la crisis definitiva de la vieja constitución plural de la monarquía. Esta guerra civil que en la Península enfrentó a los países de la Corona de Aragón, partidarios en la contienda sucesoria del archiduque Carlos de Austria, con los de Castilla y Navarra, fieles al rey Borbón, planteó más allá de la cuestión dinástica el problema político de la diversidad y pluralidad constitutiva de los reinos.

2. NACIÓN POLÍTICA

La dispar evolución de las Coronas de Castilla y Aragón al amparo del sistema de *reinos separados* vigente en la Monarquía católica o *universal*, provocó al

propios, rentas, términos y jurisdicciones de las ciudades villas y lugares de sus nuevos reinos de Castilla. El «*assí lo digo, prometo, confirmo y juro*» del primer rey borbónico *sus Reynos* [Madrid, 1701]. *Vid.* del mismo autor, *Sucesión de el rey D. Phelipe V nuestro señor en la Corona de España*. Madrid, 1704, pp. 101 ss.

⁵ El Juramento y Cortes de Barcelona de 1701-1702, tan agudamente seguidos por Ubiella y Medina, Feliu de la Peña y el marqués de San Felipe, demostró la vitalidad de estas constituciones representativas del ser histórico de unos pueblos identificados con ellas por encima de cambios dinásticos. La confirmación de privilegios, exenciones y libertades de los comunes por el rey, más que una declaración retórica fue un vínculo jurídico con el pasado político del Principado Narciso, pleno de consecuencias legales como se infiere de la actualización, un siglo después de celebrarse las últimas Cortes (1599), de las Constituciones y altres Drets de Cataluña por medio de 96 constitutions o capítols de Cort, incorporadas en 1704 a la *nova compilatio* (*Constitutions y altres Drets de Cathalunya, compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII de las Corts per la S.C. y R. Majestat del Rey Don Philip IV nostre Senyor celebradas en la ciutat de Barcelona. Any MDCCII. Barcelona. Any 1704*). A esta actualización todavía se sumaron las nuevas garantías de respeto al ordenamiento patrio simbolizadas por el tribunal de Contrafacções (*Juges de contrafacções; tribunal contrafacções*) creado por estas Cortes (*Constitutions y altres Drets*, c. 36, 37, 38 Const. 1, 16,23.24.25), y algunas reformas de la administración de justicia y reserva de cargos y beneficios para los naturales con limitación implícita del poder real. *Vid.* *Sucesión de el rey D. Phelipe V nuestro señor en la Corona de España*. Madrid, 1704, pp. 101 ss.; Feliu de la Peña y Farell: *Anales de Cataluña hasta el presente de 1709*. Barcelona, por Juan Pablo Martí, 1709, p. 493; Vicente Bacallar y Sanna, Marqués de San Felipe, *Comentarios de la guerra de España e Historia de su rey Felipe V, el Animoso*. Edición y estudio preliminar de C. Seco Serrano. Madrid [BAE, t. XCIX] 1957; cf. J. BARTROLÍ I ORPÍ: *La Cort de 1701-1702: un camí truncat. Recerques*, en *Història, Economia, Cultura*, 9, 1979, pp. 57-75; J. LALINDE ABADÍA: *Las Cortes de Barcelona de 1702*, en *Anuario de Historia del derecho Español* 62, 1992, pp. 7-46.

⁶ «y aunque podían servir de doctrina los inconvenientes que de éstas [Cortes de Cataluña] resultaron, fue preciso confirmarse en el error, o por no confesarle, o por quitar este motivo de queja a los aragoneses». Marqués de San Felipe, *Comentarios*, p. 39. Sobre las circunstancias de estas Cortes en el marco general de la Monarquía, *vid.* S. M. CORONAS: *Continuidad y cambio en los orígenes del parlamentarismo español*, en *Estudios de Historia del Derecho Público*. Valencia, 1998, pp. 135 ss.

cabo una aguda contraposición política. La antigua pugna dialéctica entre los reinos castellanos, llamados de régimen común por su integración institucional, pero también por su mayor extensión territorial, y los países de la Corona de Aragón, conservadores a ultranza de su régimen privativo o *foral* considerado *privilegiado* desde una óptica ajena a su tradición constitutiva propia, hubo de resolverse dramáticamente en la Guerra de Sucesión. La ocasión la brindó el cambio de dinastía tras la muerte de Carlos II. Ante esta noticia, «persuadidos los castellanos de que el advenimiento de Felipe traería como consecuencia ciertísima exoneración de los tributos», provocó «pasmos de sentimiento en Cataluña y Aragón, y en Castilla ni una lágrima», juzgando que «libre el soberano de las leyes que moderaban su autoridad, podría la carga de sus tributos que repartiese en el reino de Aragón exonerar la inmensa que padecen», en la interpretación del conde Robres, contemporáneo de los hechos que narra ⁷. Sin embargo, es de advertir que esta interpretación recoge un sentimiento popular, casi una esperanza, más que un propósito regio. La serie de juramentos políticos de Felipe V garantizaban la continuidad del antiguo orden plural de la monarquía, como se vio en el respeto ulterior al orden foral de Navarra y las Provincias vascas que siguieron la causa proborbónica de la Corona de Castilla. Sólo los temores y recelos de los países de la Corona de Aragón por antiguos proyectos como el de la Unión de Armas (1640), tan desastroso territorialmente para Cataluña, doblado en el caso de Valencia con una segunda *germania* o levantamiento social, y en Aragón con una errada política que parecía reproducir las tensiones del pasado ⁸, provocó la rebelión contra el rey legítimo jurado en Cortes, y, con ella, la ruptura del pacto de fidelidad y respeto al orden constituido establecido con el nuevo monarca. Sin este freno constitucional, la monarquía borbónica pudo desplegar libremente su *ius regale* o soberanía sobre los territorios vencidos de la Corona de Aragón. Los Decretos de Nueva Planta (1707-1716), llamados a reestructurar

⁷ *Historia de las guerras civiles de España*. Zaragoza, 1882, pp. 31 y 365. Vid. R. GARCÍA CÁRCCEL y R. M.^a ALABRÚS IGLESIAS: *España en 1700 ¿Austrias o Borbones?*, Madrid, 2001.

⁸ En el caso de Aragón, como si se tratara de una nueva secuencia de los sucesos de 1591, a la persecución política del Conde de Cifuentes sucedió el nombramiento de un virrey castellano, la imposición de un donativo para los nobles y la carga del alojamiento militar a los pueblos contra el espíritu de unos fueros que en palabras del arzobispo de Zaragoza protegían a sus naturales de todo tributo extemporáneo. La visión DE MACANAZ: secretario por entonces del virrey, fue la de que todo el reino se había sublevado contra el rey borbónico [*Discurso jurídico, histórico y político sobre las Regalías de los Señores Reyes de Aragón* (1729), en *Regalías de los Señores Reyes de Aragón*, edición de J. Maldonado Macanaz, Madrid, 1879, p. 140], por más que el conde de Robres, que vivió en su Huesca natal los acontecimientos de 1706, redujera esta rebelión al pueblo llano manejado por algunos nobles y clérigos que habrían orientado su descontento social hacia la defensa de los fueros (*Historia de las guerras civiles de España*, cit., pp. 371 y 372). Este descontento social fue más visible en la Valencia de los agermanats que al son de las promesas de reforma consiguieron reconducir el reino a la causa austracista. Así, el padre José Miniana pudo titular su obra escrita entre 1707 y 1723, *De bello rustico valentino*, manteniendo un punto de vista similar al del anónimo autor de los *Reparos críticos, fundados en hechos verdaderos* (en Antonio Valladares de Sotomayor, *Semanario Erudito*, Madrid, 1788, vol. 18) impugnadores de las tesis oficialistas del Marqués de San Felipe, que una vez más hablaban de una rebelión general de los reinos de la Corona de Aragón contra el *yugo de los Borbones*.

en clave regalista la vida jurídica de los países de la Corona de Aragón, fijaron los títulos del nuevo orden político: justo derecho de conquista y soberanía regia o dominio absoluto por posesión legítima, que permitieron al rey *perfeccionar* su antiguo gobierno asimilando su régimen al castellano. El viejo anhelo de la Monarquía universal de los Austrias de «reducir todos mis reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres i tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables i plausibles en todo el universo», lo pudo hacer realidad Felipe V con el Decreto de 29 de junio de 1707, el primero y más radical de los llamados Decretos de Nueva Planta que, a despecho del perdón general, vino a «abolir y derogar enteramente... todos los referidos fueros, privilegios, practica i costumbre hasta aquí observadas en los referidos reinos de Aragón y Valencia, siendo mi voluntad que estos se reduzcan a las Leyes de Castilla i al uso practica i forma de gobierno que se tiene i ha tenido en ella i en sus tribunales sin diferencia alguna en nada»⁹. Un atributo principal de la soberanía como era la imposición y derogación de leyes («las quales con la variedad de los tiempos i mudanzas de costumbres podría yo alterar, aun sin los graves i fundados motivos i circunstancias que oi concurren para ello en lo tocante a los de Aragón i Valencia»), pretendía justificar la derogación del complejo orden constitutivo de estos reinos, concebido como simple suma de *fueros*, *privilegios*, *exenciones* y *libertades* otorgados por la realeza en detrimento de un supuesto régimen común¹⁰.

Diversos testimonios de la época confirman que el deseo monárquico de uniformidad política era ampliamente compartido por la nación castellana, víctima fiscal no tanto del sistema foral como de la política imperial a la que en su día se opusieran las *comunidades* de Castilla. La imagen tan cara al arbitrio y a la literatura satírica del Barroco de una desolada Castilla llevando en solitario la cruz impositiva del Imperio no era achacable al sistema *foral* de los reinos *separados* sino a la propia crisis foral de Castilla, agudizada tras la derrota de los *comuneros*¹¹. Sin embargo, hacía más de un siglo que se había generalizado la creencia de ser sus males fruto de los fueros ajenos, y así la consecuencia lógica de la victoria borbónica fue la de satisfacer esta exigencia del pueblo que en gran parte la hiciera posible¹². Tras la decisiva batalla de

⁹ *Autos acordados que contiene nueve libros por el orden de títulos de las leyes de Recopilación*, Madrid, 1775; 3.2.3 (= *Novísima Recopilación de las leyes de España*, Madrid, 1805; 3.3.1, 5.7.1).

¹⁰ «Fueros, privilegios, exenciones i libertades que gozaban i que con tal liberal mano se les avían concedido, así por mi como por los Señores Reyes mis predecesores particularizándolos en esto de los demás reinos de esta Corona». *Autos Acordados* 3.2.3. Sobre las raíces políticas de este particularismo tan mal comprendido por Macanaz como ideólogo del Decreto de Felipe V, vid. J. Lalinde Abadía, El pactismo en los reinos de Aragón y Valencia, en el volumen colectivo *El pactismo en la Historia de España*, Madrid, 1980, pp. 115-139.

¹¹ S. M. CORONAS: «Derechos y libertades en la España del Antiguo Régimen», en J. M. Pérez Prendes *et alii*, *Derechos y libertades en la Historia*, Universidad de Valladolid, 2003, pp. 57-159.

¹² «On a bien vu en cette occasion, qu'après Dieu c'est les peuples a qui nous devons la couronne», escribía la reina María Luisa a M. de Maintenon el 3 de noviembre de 1706. A. BAUDRILLART: *Philippe V et la Cour de France*, París, 1890-1905, 5 vols., I, p. 272.

Almansa (25 de julio de 1707), había llegado el momento, «de mettre l'Espagne entiere sur le pied de la Castille» en opinión de Amelot, embajador de Luis XIV y primer ministro efectivo del joven Felipe V¹³, quien, en los meses siguientes, se dedicó a convencer a aquellos ministros principales del rey que, como el Duque de Medina-Sidonia o el de Montellano, se mostraban contrarios en el Consejo de Gabinete a una solución drástica del problema foral. En esta tarea contó con el apoyo doctrinal del por entonces oficial del Consejo de Castilla, Melchor de Macanaz, a quien se debían varios informes sobre el modo de reglar el gobierno de las *provincias rebeldes* y, entre ellos, uno en el que se trataba de probar que «el rey de España tiene derecho a confiscar todos los bienes de sus vasallos en los reinos de Valencia y Aragón y en el Principado de Cataluña y que este derecho se extendía no sólo a los bienes de los seglares, sino también a los del clero, e incluso a los de la Iglesia», premiado con su destino ulterior como juez de confiscaciones de Valencia. En este humilde manteísta murciano, que inicia la serie de los grandes juristas dieciochescos que acceden al poder por su defensa radical de las regalías, encontró el gobierno de Felipe V el ideólogo necesario para la construcción del nuevo régimen en la Corona de Aragón¹⁴. A él le son atribuidos los dudosos argumentos del Decreto de abolición de fueros¹⁵, así como, por propia confesión, el informe a Amelot sobre la conveniencia de extinguir el Consejo de Aragón (15 de julio de 1707)¹⁶, o la consulta sobre la formación de una nueva Audiencia en Valencia que «no debía ser ni con la autoridad que antiguamente tenía ni con la que acá practicaban las Audiencias en Castilla», por más que finalmente se crease una Chancillería y con más número de ministros que los por él propuestos.

Frente a la nueva planta del reino, las protestas de fidelidad y los esfuerzos ulteriores de parte de la burguesía, clero y nobleza valencianas no lograron alterar el hecho fundamental de la abolición de sus fueros, «porque en el modo de gobernarse los reinos i pueblos no debe aver diferencia de leyes i estilos, que han de ser comunes a todos para la conservación de la paz i humana sociedad i porque mi real intención es que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes»¹⁷. En realidad, lo que se exigía era la vigencia efectiva de la «absoluta potestad y soberanía real», como se puso de manifiesto en aquellas Resoluciones y Cédulas posteriores que aceptaron ciertos privilegios locales y personales no contrarios al nuevo régimen

¹³ BAUDRILLART: *Philippe V et la Cour de France*, I, p. 209.

¹⁴ H. KAMEN: «Melchor de Macanaz and the foundation of Bourbon power in Spain», en *The English Historical Review*, 80, 1965.

¹⁵ C. MARTÍN GAITE: *Macanaz, otro paciente de la Inquisición*, Barcelona, 1982, p. 115. Un análisis de estos argumentos en J. MORALES ARRIZABALAGA: *La derogación de los fueros de Aragón (1707-1711)*, Zaragoza, 1986, pp. 23 ss.

¹⁶ M. DE MACANAZ: *Regalías de los Señores Reyes de Aragón*, pp. 8 y 9. El Decreto de abolición del Consejo de Aragón en *Autos Acordados* 2.4, auto 6 (= *Nov. Recop.*, 4.5.9).

¹⁷ Decreto de 29 de junio de 1707, en *Autos Acordados* 3.2, auto 8 (= *Nov. Recop.* 3.3.2). Vid. M. PESET: «Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia», en *Anuario de Historia del Derecho español* 42, 1972, pp. 657-715.

de gobierno¹⁸, y también en la nueva planta del reino de Aragón tras su conquista definitiva en diciembre de 1710¹⁹. La secuencia ulterior de la Nueva Planta en Cataluña y Mallorca, marcada por la marcha a Viena del archiduque Carlos de Austria a recoger la herencia imperial dejada por el fallecimiento de su hermano José y por la firma del Tratado de Utrecht (11 de abril de 1713), confirmó esta clave regalista por más que se atenuaran sus efectos a la luz de la consideración debida «a la calidad del país, genios de sus naturales y constitución presente de las cosas», como se vio en los informes del catalán Ametller y de Patiño, presidente de la Real Junta Superior de Gobierno y Justicia e Intendente del Principado cuyos dictámenes, sólidos y bien tratados, sirvieron de base, junto con el parecer del fiscal general de la monarquía, para la redacción de la trascendental consulta del Consejo de Castilla al rey de 13 de junio de 1715²⁰. El carácter mesurado que desde el

¹⁸ Real Resolución de 5 de noviembre de 1708, en *Autos Acordados* 3.2, auto 8 (=Nov. Recop. 3.3.3). En este sentido, la Real Cédula de 5 de febrero de 1710 fijó la nueva propuesta real de «moderar y alterar en las providencias dadas hasta aquí aquello que, sin limitación de mi suprema y absoluta potestad y soberanía real... se considerase pueda ser a propósito y conducente a la mejor administración de justicia» mandando pedir a este fin a las Chancillerías de Zaragoza y Valencia, por la vía del Consejo de Castilla, informes «llenos, claros y bien divididos sobre las cosas y casos que así en lo civil como en lo criminal» fueran adecuados al mejor gobierno económico y político de los lugares, administración de propios, orden y reparto de tributos y observancia de ordenamientos particulares. Vid. KAMEN: *La guerra de Sucesión en España*, pp. 326-329.

¹⁹ Acogiendo las pretensiones de la nobleza aragonesa apoyadas por el confesor real, el Real Decreto de 3 de abril de 1711 organizó la nueva planta del reino en torno a una comandancia militar, a cuyo cargo estaba el gobierno militar, político, económico y gubernativo de Aragón; a una Audiencia, no ya Chancillería como en 1707, con dos Salas, una para lo civil con cuatro ministros encargados de aplicar las leyes forales («municipales») del reino; y otra Sala para lo criminal con cinco ministros que juzgaría los pleitos de esta calidad conforme a las leyes de Castilla; y finalmente, en torno al nuevo gobierno municipal para el que se prescribió la elección y nominación regia de jueces, justicias y subalternos así como del corregidor, en sustitución de la antigua administración foral, quienes en el ejercicio de sus empleos debían observar las reglas prescritas para las dos Salas de la Audiencia. En busca de una mayor integración de la nueva estructura gubernativa y judicial del reino, no sólo el comandante general debía presidir la Audiencia, vigilando el celo de los ministros y la pronta resolución de los pleitos, sino que además se declaraba que los recursos y apelaciones en tercera instancia de las causas así civiles como criminales determinadas por las Salas de la Audiencia se admitieran en el Consejo de Castilla.

²⁰ En esta consulta se proponía con el carácter «de por ahora en todo», dejando al tiempo y a la experiencia de la práctica del nuevo gobierno «la enmienda... que aconsejare la razón», la nueva planta gubernativa y judicial del Principado, optando por un modelo de Audiencia a la aragonesa con una aplicación preferente de las leyes de Castilla o de Cataluña según la naturaleza pública o privada de los procesos. Se lograba así un cierto equilibrio entre los consejeros partidarios de la simple instauración de una Chancillería con aplicación de las leyes de Castilla y los que como Lorenzo Matheu de Villamayor pretendían que no se mudara el gobierno político, económico y jurídico del Principado en base al viejo argumento escolástico de la adaptación de las leyes a los territorios y sus gentes o, en sus palabras «al genio y situación de las provincias»; normas que, afirmadas por el largo uso, daban amparo en justicia al pactismo foral. En relación con la cuestión del Derecho aplicable a la nueva Audiencia de Cataluña el rey había ordenado, por la vía reservada de la Secretaría de Estado, la formación de una Junta presidida por el presidente del Consejo de Castilla, Gil de Taboada, con el fin de discurrir sobre el modo de dar una «fija regla de leyes y

mismo prólogo adoptó el Decreto de Nueva Planta de la Audiencia de Cataluña de 9 de octubre de 1715 se advierte también en su contenido ²¹. El rey no sólo ha *pacificado* el Principado por la asistencia divina y la justicia de su causa, sino que en uso de su soberanía ha establecido un nuevo gobierno para que sus moradores vivan «con paz, quietud i abundancia». En este sentido, se acepta como principio general de la nueva planta judicial y gubernativa del Principado la pervivencia supletoria del derecho catalán respecto del real («las constituciones que antes avía en Cataluña, entendiéndose que son de nuevo establecidas por este Decreto»), al margen de su aplicación preferente en aquellas materias de Derecho civil, penal, procesal y mercantil previstas por el mismo Decreto. Como se diría en Resolución posterior, a consulta de la nueva Audiencia, de 9 de mayo de 1716, «todo lo que no se oponga ni sea contrario a las regalías de mi soberanía y expresado en mi Decreto de formación de esa Audiencia se practique, siga y observe el estilo y costumbres que avía en Cataluña».

Estos mismos principios inspiraron la actuación regia en Mallorca una vez conquistada en el verano de 1715. El tono respetuoso y mesurado ensayado en el Decreto de Nueva Planta catalán se confirma y aumenta en éste con una referencia inicial a la seguridad y a la paz que permite entroncar las nuevas providencias con el antiguo régimen de las islas ²². El voto favorable en general al reconocimiento del antiguo régimen de las islas en todo lo que no contradijera la autoridad, regalía y soberanía regias se transparentó en la nueva planta gubernativa y judicial del reino. El Decreto de 28 de noviembre de 1715 afirmó así un régimen sustantivo y procesal respetuoso con la tradición al observar tanto en las causas civiles como en las criminales «las pragmáticas i estilos antiguos» (§ 4), conforme a la antigua práctica [«en la forma i manera que lo hacían antiguamente» (§ 2), respetando siempre la primacía del Decreto y por extensión de la legislación real, pero aplicando en los demás casos el derecho propio de las Islas («menos en las causas de sedición i crimen de lessa Majestad», precisa el § 13)].

observación de ellas a los tres reynos de Aragón, Valencia y Cataluña, ya sean las de Castilla u otras, para evitar la confusión que ahora se padece por la variación de las que tienen y ninguna observancia de ellas. Vid. GAY: *La genesi del decret*, pp. 17, 31-33; cfr. H. KAMEN: «La introducción de los intendentes en la Administración española», en *Hispania* 29, 1964, p. 369; A. RODRÍGUEZ VILLA: *Patiño y Campillo. Reseña biográfica de estos dos ministros de Felipe V*, Madrid, 1882; A. BETHENCOURT: *Patiño en la política de Felipe V*, Valladolid, 1956.

²¹ Comunicado por Real Cédula de 16 de enero de 1716, *Autos Acordados* 3.2.16 (= *Nov. Recop.* 5.9.1).

²² «Aunque por diferentes Pragmáticas de los reyes mis predecesores se halla reglado el gobierno de la Isla y Reino de Mallorca, he considerado que las turbaciones de la última guerra la han dexado en estado que necesita de algunas nuevas providencias para su mayor seguridad, paz i quietud de sus naturales *N. Recop.* 3.2.15 (= *Nov. Recop.* 5.10.1). F. DURÁN CAÑAMEROS: «El decreto de Nueva Planta de la Audiencia de Mallorca», en *Boletín de la Sociedad Arqueológica Iuliana*, 28, 1941, pp. 189-207; C. ÁLVAREZ NOVOA: *La Justicia en el antiguo reino de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1971, pp. 67 ss.; J. L. BERMEJO CABRERO: «En torno a los decretos de Nueva Planta» en *Derecho y Administración Pública en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1985, pp. 88 ss.

De este modo se cerró el arco normativo de la Nueva Planta en la Península con un progresivo desvanecimiento del radical regalismo de la primera época en favor de un reconocimiento mayor del ordenamiento, esencialmente privado, aragonés, catalán y mallorquín. Sin embargo, en el punto crucial del régimen jurídico público de los reinos, eje de la constitución histórica o *foral*, la nueva monarquía impuso su propio orden basado en parte en el régimen castellano, el más proclive por su indefensión institucional al absolutismo regio. No fue tanto Castilla, la nación comunera vencida por el emperador Carlos V, la que impuso su ley sino la monarquía, tomando como referente político e institucional una nación previamente anulada en su significación libertaria y foral. Desde esta perspectiva, el nuevo Derecho público de la Monarquía nacido de la Guerra de Sucesión se impuso por igual a la derrotada Corona de Aragón que a la vencedora Castilla. En este sentido, la vieja identificación de Castilla con la monarquía se amplió ahora a la Corona de Aragón en la persona de Felipe V. A la sombra de la regalía, como gustan de mostrar los grabados de la época, se desarrolló un proceso de unidad nacional que tiene en común, aparte de la tradición histórica y religiosa, la persona del monarca y las instituciones políticas y jurídicas que lo representan. Fautora de la unidad política, la regalía o soberanía regia pudo desplegar toda su significación autocrática trastocando el viejo orden constitutivo de los reinos. A su voz las antiguas instituciones políticas desaparecen o tienden a hacerse comunes bajo la égida del rey y sus ministros: Cortes, Consejos, Audiencias... y aún el mismo orden de sucesión a la Corona que se reforma por el Reglamento con valor de *ley fundamental* de 1713 conforme al modelo agnaticio de la ley sálica francesa, contrario a la tradición castellana²³. Así se fue perfilando la naturaleza regalista del nuevo concepto de España, un nombre clásico cuyo significado será desvelado por los eruditos²⁴ y que, tras la pérdida de la parte europea del *imperio* o *monarquía universal* en la guerra de Sucesión, acentuó su significado peninsular e indiano. Esta regalía que impone su ley en los Decretos de Nueva Planta; que institucionaliza las Cortes comunes de los reinos; que acrece, reduce o anula, según los casos, el antiguo orden consultivo de la monarquía en base a la preeminencia del Consejo de Castilla; que afirma la *vía reservada* o ministerial... es la que conforma la nueva imagen de España como nación unitaria de Derecho público, dejando atrás la particular de los reinos altomedievales y aun la articulada o compuesta de las Coronas y de la Monarquía de los Reyes Católicos y de los Austrias. El sueño del Conde Duque de Olivares, que es al fin el sueño de la monarquía austríaca, parecía haberse hecho realidad en la España de Felipe V si no fuera porque detrás de la invocación de Castilla se ocultara la sombra de la regalía. En todo caso, el nuevo régimen jurídico y político fue llamado desde entonces con cierta propiedad español, real o patrio, tal y como cristaliza en la *Novísima Recopilación de las leyes de España* (1805), germen de un concepto territorial de España, peninsular e indiano, que perduró hasta la gran

²³ S. M. CORONAS GONZÁLEZ: «Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen. Notas sobre la Constitución histórica española», en *AHDE*, LXV, 1994, pp. 127-218.

²⁴ Cándido María TRIGUEROS: *Memoria sobre el nombre de España* (1767), edición, introducción y notas de F. Aguilar Piñal, Madrid, 2001.

crisis del siglo XIX²⁵. Y, con él, un concepto cultural de España que, procediendo de la Edad Media, concitó en la Europa de las *luces* la enemiga declarada de *novatores* y filósofos.

3. NACIÓN CULTURAL

La España de los Austrias, bastión de la Contrarreforma, había sabido mantener el calor de su compleja estructura monárquico-señorial, religiosa e inquisitorial, una concepción del hombre y del mundo estrechamente vinculada al pensamiento teológico-medieval. Y será contra su significación cultural, política y religiosa, tan opuesta a la ensalzada de la *Isla feliz*, Inglaterra, que se alzarán las voces de los nuevos filósofos nacionales y extranjeros. En la correspondencia de Mayans y Martí menudean las referencias a una España bárbara e inculta²⁶, al tiempo que se cobra conciencia del apartamiento de esa revolución científica que ha tenido lugar en la Europa del siglo XVII²⁷. Y un mismo sentimiento de desdén hacia la España visiblemente decadente, pero sin el afán regeneracionista de los *novatores* valencianos, será expresado con toda crudeza por los ilustrados franceses, desde Montesquieu²⁸ a Masson de Morvilliers²⁹,

²⁵ El memorial de *greuges* de los representantes en Cortes de los antiguos reinos de la Corona de Aragón de 1761 muestra, pese a las deficiencias del sistema y los agravios comparativos, el avance del proceso de integración política de España al que tanto habría de contribuir los ideales reformista e ilustrados del reinado de Carlos III y, desde una óptica económica, la liberación del tráfico comercial indiano. Vid. E. MOREU REY: *El «Memorial de Greuges» de 1760*, Barcelona, 1968, posteriormente se ha editado en *Textos Jurídics Catalans, Lleis i costums VI/1*, con Estudi introductorio de J. A. González Casanova, Barcelona, 1990.

²⁶ G. MAYANS Y SISCAR: *Epistolario II, Mayans y Burriel*, transcripción, notas y estudio preliminar de A. Mestre, Valencia, 1972, pp. 103 ss.; cfr. *Epistolario IV, Mayans y Nebot, 1735-1742*, trans. Notas y est. Preliminar de M. Peset, Valencia, 1975; cfr. A. MESTRE: *Manuel Martí, el Deán de Alicante*, Instituto Juan Gil Albert, Alicante, 2003; del mismo autor, *Mayans, proyectos y frustraciones*, Ayuntamiento de Oliva, Valencia, 2003.

²⁷ Como expresara Juan de Cortiada en su *Carta filosófico-médico-chymica* de 1687: «Que es lastimosa y aun vergonzosa cosa que, como si fuéramos indios, hayamos de ser los últimos de recibir las noticias y luces propias que ya están recogidas por Europa. Recoge la cita E. BALAGUER: «Ciencia e Ilustración: la incorporación de España a la revolución científica», en *La Ilustración española*, Alicante, 1986, pp. 13-33. Véase al respecto la serie de estudios reunidos por A. MESTRE: *Influjo europeo y herencia hispánica. Mayans y la Ilustración valenciana*, Valencia, 1987; J. M.^a LÓPEZ PIÑERO: *La introducción de la ciencia moderna en España*, Barcelona, 1969.

²⁸ Sobre el estereotipo español de Montesquieu vertido en sus *Lettres persanes* y, sobre todo, en *L'Esprit des lois* (Libro XIX, cap. 10), muy influido por sus anteriores escritos *Considerations sur les richesses de l'Espagne*, y *Considerations sur les finances de l'Espagne*, tuvieron ocasión de reflexionar al calor de la *Defensa de la nación española* y de la redacción de las *Cartas marruecas* de Cadalso, inspiradas en el mismo espíritu contrario a las gratuitas acusaciones irónicas de Montesquieu en sus *Cartas persas*, Meléndez Valdés y otros condiscípulos legistas de la Universidad de Salamanca, como Arroyal, Forner y Casada, miembros como él de la *academia cadálsica*.

²⁹ *Encyclopédie méthodique*, t. I. París, 1782, art. «Espagne» pp. 555-568; cfr. F. ÉTIEN-VRE: «Avant Masson, Jacourt: L'Espagne dans l'Encyclopedie de Diderot et d'Alembert», en *Bulletin Hispanique*, núm. 1, juin 2002, pp. 161-180. Vid. G. ANES: «La "Encyclopédic Methodi-

ese oscuro publicista que con su pregunta directa e ignorante sobre el haber de España en Europa logró sacudir como ningún otro la conciencia nacional ³⁰.

Esta conciencia se hallaba en crisis desde la pérdida de la parte europea del *imperio* convenida en el Tratado de Utrecht (1713). Desde entonces España fue concebida como una ballena varada en las costas de Europa, en la gráfica imagen de Burke, compartida por otros publicistas con metáforas similares igualmente humillantes de la pasada grandeza. Y es al calor de esta conciencia de crisis, alimentada por el cambio de dinastía y la guerra de Sucesión, que se entra en una época de discusión de los valores que durante siglos informaron la vida nacional. En la obra del P. Feijoo ³¹, y en la contestación crítica de sus detractores ³², se esconde un concepto distinto de nación española que no deja-

que” en España», en *Ciencia Social y análisis económico. Estudios en homenaje al Prof. Valentín Andrés Álvarez*, Madrid, 1978, pp. 105-152. L. DÍEZ DEL CORRAL: *El pensamiento político europeo y la monarquía de España*. Madrid, 1983, pp. 417 ss.; Ph. LOUPÉS, *L'Espagne de 1780 a 1802*, Sedes, París, 1985; C. Carrere, *Le reflet de l'Espagne dans la presse français de 1755 à 1789*, U. de Burdeos, 1965.

³⁰ F. LÓPEZ: *Juan Pablo Forner (1756-1797) y la crisis de la conciencia española* (1976). Salamanca Junta de Castilla y León, 1999.

³¹ Son varios los Discursos de su *Teatro crítico universal* (Madrid, 1726-1741 nueve tomos, sucesivamente reeditados de manera independiente) y Cartas de sus *Cartas eruditas y curiosas* (Madrid, 1742-1760, cinco tomos, igualmente reeditados), previos a las ediciones conjuntas de su obra, iniciadas en Madrid, Imprenta Real, 1765, con los 14 volúmenes habituales (ocho del *Teatro*, cinco de las *Cartas* y otro nuevo de escritos apologeticos), que tienen por objeto el «Amor de la patria y pasión nacional» (TCU, III, 10), bien en su confrontación con otras naciones, («Mapa intelectual y cotejo de naciones», TCU, II, 15), especialmente Francia («Antipatía de Españoles y Franceses», TCU, II, 9), bien en su glorificación patria («Glorias de España» TCU, IV, 13.14) que no excluye la aceptación de su atraso en el desarrollo de las ciencias naturales («Causas del atraso que se padece en España en orden a las ciencias naturales», TCU, I, 16) y su posible superación («Adelantamiento de las Artes y Ciencias en España», CE y C, III, 31). La idea que predomina en todo caso es la común dieciochesca de que todas las naciones de Europa forman un entramado de civilización donde se ha posado, en su constante peregrinar por la tierra, la luz de Minerva. Vid. L. SÁNCHEZ AGESTA: «El “Cotejo de las naciones” y la igualdad humana en Feijoo», en *Simposio El P. Feijoo y su siglo*, 3 vols. Oviedo, 1966, I, pp. 205-218; B. CIPLJAUSKAITE: «Lo nacional en el siglo XVIII español», en *Archivum* (Universidad de Oviedo), XXII, 1972, pp. 99-121.

³² Valga por todos, tras la Real Orden de 23 de junio de 1750 que prohibía al P. Fr. Francisco de Soto y Marne imprimir el tercer tomo de sus *Reflexiones crítico-apologeticas del R. P. Maestro Fr. Benito Geronymo Feijoo*, tomos I y II, Salamanca, (1749), el *Memorial* que el mismo Soto dio al rey en 1750 (B. N. ms. 20.244-17) denunciando «la sin razón de cuantas especies produce el Maestro Feijoo contra el honor, mérito y carácter de España... En todas sus obras ofende a la nación, infamando la sabiduría, juicio y crítica de sus Universidades, Escuelas y literatos, exagerando defectos, abultando ignorancias, imputando preocupaciones, acumulando errores, apoyando las ideas más injuriosas y haciendo sentir en todo las cualidades de la llama elemental, que aumentando resplandores a costa de ruinas ajenas, cuanto más brilla más abrasa». Así, reclama al rey la «protección de aquel natural derecho que todos y cada uno de los españoles tienen para reclamar el honor de su nación injustamente ofendida» y, por ello, permitir «la justa defensa de todo el respetabilísimo cuerpo de la nación, no contra ofensas imaginadas, sino contra unos escritos que reproducen, apoyan y promueven cuantas calumnias ha publicado la emulación extranjera contra el honor, mérito y justicia de sus propios nacionales», solicitando al fin, infructuosamente, permiso para editar los tomos III y IV de su *Reflexiones crítico apologeticas*. Vid. Benito Jerónimo FEJOO: *Obras Completas*, tomo I, *Bibliografía*, por J. M. Caso González y S. Cerra Suárez, Oviedo, 1981, pp. 148-165.

rá de crecer a lo largo del siglo. Fijando claramente su posición renovadora, favorable a la nueva cultura, Feijoo y los demás *novatores* difundieron sus dos principales lecciones: la experimentación en las ciencias y el espíritu crítico en los asuntos intelectuales³³, de modo que si la palabra *ingenio* había servido para representar nuestra cultura del Barroco será ahora la palabra *crítica* la que defina la nueva cultura de las *luces* a la que ellos sirven³⁴. Y es a la luz de la crítica que se formulan los programas de reforma que esbozan los dictámenes fiscales de Macanaz³⁵, las reflexiones de Campillo³⁶, el *proyecto* de Ensenada³⁷, hasta llegar a la gran explosión renovadora del período de Carlos III, sintetizada magníficamente por Jovellanos en su *Elogio* del rey. En esta época, el propio concepto cultural de España, transido de ideas contrapuestas que tienden a la apología o la crítica esencialmente literaria de su pasado nacional, llegó a escindir-se en dos frentes supuestamente irreconciliables³⁸, por más que en la obra de muchos ilustrados quepa rastrear la huella de este intento preco-

³³ «Las obras de este sabio produxeron una fermentación útil, hicieron empezar a dudar; dieron a conocer otros libros muy distintos de los que había en el país; excitaron la curiosidad; y al fin abrieron la puerta a la razón que antes había cerrado la indolencia y la falta de sabiduría». J. SEMPERE Y GUARINOS: *Ensayo de una biblioteca de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Imprenta Real, Madrid, 1785-1789 (edición facsimilar, Gredos, Madrid, 1969) vol. III, p. 24. Juicio que completa el anterior de Pedro Rodríguez Campomanes: «El prurito de contradecirle movió a muchos al estudio de materias que a no ser por esta causa les serían siempre desconocidas. El fruto consiguiente fue el de promoverse el buen gusto generalmente en la nación desde entonces y enseñarse a tratar en la lengua materna todo género de asuntos científicos». *Noticia de la vida y obra del M. Y. R. P. D., Fr. Benito Gerónimo Feijoo y Montenegro*. Introducción al t. I del *Teatro crítico universal*, Madrid, J. Ibarra, 1769, p. XXIX. Una interpretación distinta a la clásica recogida en el texto sobre el papel de Feijoo en la naciente cultura de la Ilustración puede verse en la obra de síntesis de toda una corriente revisionista de A. MESTRE, *Despotismo e Ilustración en España*, Ariel, Barcelona, 1976. Ved, a este respecto, las atinadas observaciones al limitado alcance popular de la obra de los novatores valencianos hechas por J. Caso, en B. J. FEIJOO: *Obras completas*, I, *Bibliografía*, cit., p. XIX. En general, R. HERR: *España y la revolución del siglo XVIII*, trad. de E. Fernández Mel (s.1), 1964, pp. 32-35.

³⁴ I. LÁZARO: «Significación cultural de Feijoo», en *Cuadernos de la Cátedra Feijoo* 2 núm. 5, p. 21. El mismo FEIJOO: refiriéndose a la crítica, enseñaba que no era arte sino naturaleza y voluntad «Un sujeto de buen entendimiento y enterado del asunto hará una buena crítica, esto es, juicio recto de lo que se deba afirmar, negar o dudar en aquella materia», naturaleza que, a su vez, se completa con la voluntad que atribuye sinceridad y magnanimidad a la crítica. *Cartas eruditas y curiosas*, t. II. Imprenta Real, Madrid, 1745, pp. 242 ss.

³⁵ S. M. CORONAS: *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, 1992.

³⁶ JOSÉ DEL CAMPILLO: *Dos escritos políticos: Lo que hay de más y menos en España/España despierta*, estudio preliminar y edición de don Mateos Dorado, Junta General del Principado, Oviedo, 1992.

³⁷ J. L. GONZÁLEZ ORDÁÑEZ: *El proyecto reformista de Ensenada*, Universidad de la Rioja, 1996.

³⁸ R. MENÉNDEZ PIDAL: «Las dos Españas», en *España y su historia*, Madrid, 1957, I, pp. 89 ss; también en *Los españoles en la historia*, Madrid, 1982, pp. 182-241; cfr. A. DOMÍNGUEZ ORTIZ: *Reflexiones sobre «Las dos Españas»*, reproducido en *Hechos y figuras del siglo XVIII español*, Madrid, 1973, pp. 247-268; LÓPEZ: *Juan Pablo Forner y la crisis de la conciencia española*, cit., pp. 341 ss.

nizado a otra escala por el P. Feijoo al intentar conciliar, en línea con la mejor tradición escolástica, razón y fe, cultura experimental y tradición aristotélica.

4. NACIÓN CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO

A este doble concepto político y cultural de España todavía se sumó el nuevo *constitucional*. Perdidas, desvirtuadas o destruidas en la larga pugna con la regalía las normas tenidas por *fundamentales* de los reinos, llamadas en la tradición castellana bajomedieval *sobreleyes*, *leyes por siempre valederas*, *leyes que valen más que otras leyes*, *leyes perpetuas...*, sólo Navarra y las Provincias Vascas pudieron conservar sus *fueros*, símbolos verdaderos del antiguo orden constitutivo y plural de la Monarquía. Pero no fue por esta vía foral por donde se avanzó hacia el nuevo concepto de *constitución* elaborado por el pensamiento iusracionalista alemán de la segunda mitad del siglo xvii o, desde la experiencia inglesa de libertad compartida con otros países europeos, en especial la Holanda de Hugo Grocio o la confederación del Cuerpo Helvético, que difundieran Montesquieu y Voltaire. De manera inevitable, dado el contexto político de la época, la vía española hacia el neoconstitucionalismo fue, en un principio, la regalista. A ello contribuyó la misma raigambre consuetudinaria y particularista de los *fueros* vasco-navarros y la tardía recepción del pensamiento político ilustrado. Pero, de la mano de Mayans, que fundamentó la defensa de la regalía frente a la Santa Sede en el *fuero y costumbre de España*³⁹; de la de Pedro Rodríguez Campomanes, que amplió el concepto de regalía hasta confundir los derechos del rey o *ius regale* con los de la nación en su *Tratado de la regalía de España* (1753)⁴⁰; y, sobre todo, del P. Burriel, que supo convertir la difusa foralidad castellano-leonesa del Medievo en eje de la que bautizó como *constitución esencial* de la monarquía española⁴¹, esta vía regalista desembocó naturalmente en la *constitución de España*. Esta *constitución*, en la interpretación del P. Burriel, había mantenido incólumes durante *mil años* sus principios fundamentales, ahormando reinos y dinastías. Sus palabras, autorizadas por su larga dedicación al estudio e investigación de las fuentes jurídicas en el gran archivo toledano, sonaron programáticas: «la constitución esencial

³⁹ Gregorio MAYANS Y SISCAR: *Epistolario II. Mayans y Burriel*, transcripción, notas y estudio preliminar de Antonio Mestre, Valencia, 1972, *passim*; A. MESTRE: *Historia, Fueros y Actitudes políticas. Mayans y la historiografía del siglo xviii*, Valencia, 1970, pp. 370-430.

⁴⁰ Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Escritos Regalistas*, edición crítica y Estudio preliminar de S. M. CORONAS, Oviedo, Junta General del Principado (Colección Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, tomo 3), 1993, 2 vols.

⁴¹ La Carta del P. Burriel a Juan de Amaya, fechada en Toledo el 30 de septiembre de 1751, la publicó por vez primera Francisco Valladares en el tomo II del *Semanario Erudito*, pero con muchos errores al proceder de un manuscrito defectuoso. Fue Jovellanos el que facilitó para su nueva edición un manuscrito «original, firmado y anotado de la mano del mismo autor», en frase de Valladares, quien lo incluyó en su *Semanario erudito que comprehende varias obras inéditas... de nuestros mejores escritores antiguos y modernos*, tomo XVI, Madrid, 1789, pp. 3-222.

de la Monarquía ni se ha mudado de ha habido razón para que se mude desde Don Pelayo y desde el conde Fernán González acá. La familia real es la misma; los mismos los Estados y Reynos ahora que entonces; desde entonces hasta ahora sucesivamente han ido jurando los Estados la obediencia y guarda de sus derechos a los Reyes y los Reyes han ido jurando la guarda de los Fueros y Privilegios de sus Estados. Más ha de mil años que se zanjaron los cimientos de esta grande obra y hasta ahora, por merced de Dios, no ha flaqueado ni por los Reyes ni por sus Pueblos». Este canto a la continuidad de la *constitución de los mil años* de Castilla y León tenía su corolario político: «De lo dicho nace, que aunque en los derechos de cosas menudas haya habido mudanza y se hayan variado y se hayan de variar las providencias según los tiempos, pero en derechos gruesos y principales, así del Rey, como de los vasallos, no ha habido, ni ha podido haber variación esencial. Por consiguiente los derechos de hoy lo mismo son que los antiguos: de ellos toman toda su fuerza; en ellos se afianzan y apoyan, y aún a muchos derechos menudos sucede lo mismo. Quien quisiese saber de raíz las cosas y derechos mismos presentes, recurrir debe a los derechos, usos y costumbres antiguas, recorriendo la serie de ellos comunicada por los arcaduces de los años y tiempos»⁴². A esta indagación necesaria de las leyes antiguas por formar «la basa y constitución de la monarquía», todavía se unía en el pensamiento del P. Burriel su interés para los «reynos y provincias que dentro de España se gobernaban por su propio Fuero», caso de Navarra, Vizcaya, Álava y Guipúzcoa, por considerar preferible su conocimiento al del régimen civil de los romanos.

Desde esta perspectiva, más política que historiográfica, la Carta puede ser contemplada como un monumento temprano de nuestra primera reflexión constitucional. Más allá de la mera noticia historiográfica, la Carta se eleva a una valoración del significado político de los viejos fueros, símbolos de la libertad medieval. Si el Fuero de León contenía «las leyes primeras y más antiguas, privativas y fundamentales, de la Corona de León», el Fuero Viejo de Burgos y Castilla era el «quaderno primordial y más antiguo de las franquezas y libertades de la nobleza de Castilla», lamentando por ello su pérdida o su ignorada existencia manuscrita⁴³. Sus conexiones con el *fuero de las fazañas y costumbre antigua de España* y con el *Fuero de los fijodalgo*, le vinculaban a una tradición de privilegio que, aceptada por Partidas y Ordenamiento de Alcalá (1348), debía estimarse vigente aunque sometida como otras al olvido de las fuentes originales suplantadas por el recurso a los glosadores del Derecho patrio. El mensaje de la Carta del P. Burriel, difundido ampliamente en algunos círculos culturales hasta que su edición en el *Semanario Erudito* le dio publici-

⁴² Carta, p. 185; S. M. CORONAS: «Constitucionalismo histórico y neoforalismo en la historiografía del siglo XVIII», en *Notitia Vasconiae 1*, 2002, pp. 83-118; del mismo, *En torno al concepto de Constitución histórica española*, *ibidem*, 2, 2003, pp. 481-529.

⁴³ El P. Burriel retrotraía a los tiempos del conde D. Sancho, a tenor de un antiguo memorial del monasterio de Oña copiado por el P. Berganza, el haber comenzado a *facer franquezas e a comenzar a facer la nobleza de Castilla* liberando de pechos y tributos a los que fueran a la guerra.

dad general, tuvo el efecto inmediato de suscitar el reconocimiento histórico de los fueros en el marco regalista de la época, pero también el político de los derechos y libertades inherente a su contenido formando parte de esa *Constitución substancial* de la Monarquía española de mil años de antigüedad. El neoforalismo implicaba además una nueva lectura de la historia de España, en la que se demostraba qué era principal y qué accesorio en la misma: desde la época medieval hasta la monarquía borbónica se habían sucedido reyes y dinastías, pero sólo la *Constitución substancial* permanecía incólume. Eran las instituciones y los fueros, a contar desde la misma monarquía originaria de los godos, los que daban continuidad a esa historia. Nada hay, pese a las simpatías de su amigo Mayans por los viejos fueros abolidos de los países de la Corona de Aragón, de particularismo foral en el pensamiento del P. Burriel. Su raíz es gothohispana y, en su secuencia histórica astur-leonesa y castellana convertida en propiamente hispánica tras los Decretos unificadores de Felipe V. El neoforalismo del P. Burriel, táctico en un principio en la lucha benefical de la corte de España con la Santa Sede, se convirtió en germen de una Constitución histórica que abrazaba por igual a los pueblos de planta castellana de la Península e Indias, por más que estos últimos, integrados en la nueva imagen colonial de América, tuvieran la consideración de *país relativo*⁴⁴. Dejando atrás el período oscuro de la guerra sucesoria y de los Decretos de Nueva Planta inspirados por la preeminencia real, los fueros vuelven a alzarse como símbolos de un pasado continuo que cohonesta monarquía y pueblo, regalía y libertad, erigiéndose en fuente de esa *Constitución* esencial que rige el destino, nuevamente unido, de los pueblos de España, y que por ello merece ser mejor conocida y estudiada.

El mensaje neoforal del P. Burriel, unido a la recepción progresiva del pensamiento iusracionalista y liberal europeo, despertó la conciencia de su generación a la historia *civil de España*. Una historia vertebrada por esa *constitución esencial de mil años* de antigüedad, mayormente desconocida por la nación. El paso siguiente fue esbozar esa historia *civil*, superando la militar y cortesana, genealógica y eclesiástica, al uso. Juristas e historiadores se afanaron por colmar este vacío haciendo una nueva lectura de crónicas y documentos, de fueros y leyes, que dio como resultado una primera aproximación a la historia civil de España. Si la *Carta* del P. Burriel, junto a la *Sacra Themidis Hispaniae Arcana* de Frankenau/Cortés y el prólogo de Mayans a la *ruin* Instituta de Berní y Catalá, sirvieron para esbozar a grandes trazos la evolución de esa *historia civil*, su comprensión política o *constitucional* y en algún caso también su aplicación práctica quedó registrada en las obras del fiscal Campomanes⁴⁵, de

⁴⁴ F. CABARRÚS: *Discurso sobre la libertad de comercio concedida por S. M. a la América meridional, presentado a la Real Sociedad de Amigos del País*, Madrid, 28 de febrero de 1778, en CORONAS: *Espíritu ilustrado y liberalización*, *ob. cit.*, pp. 104-111; cfr. S. M. CORONAS: «La América hispana: De la libertad económica a la libertad política (1765-1810)», en *Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997, pp. 339-359.

⁴⁵ Está por estudiar el pensamiento histórico constitucional de Campomanes a la luz de sus dictámenes fiscales y de sus obras de erudición política y económica. Valga por todas ahora su

Cadalso, Jovellanos⁴⁶, Meléndez al frente de la joven escuela poética salmantina⁴⁷, Asso y de Manuel⁴⁸, Forner⁴⁹, Arroyal⁵⁰... hasta llegar a las síntesis de Martínez Marina⁵¹ y Sempere⁵² que colmaron el ciclo historiográfico del neoforalismo en el umbral de una época nueva marcada ya por el racionalismo revolucionario.

A ellos se debe la fundamental impronta castellana de esa *historia civil* en sintonía con la realidad política nacional impuesta por los Borbones⁵³. El iuscentrismo castellano que destilan los Decretos de Nueva Planta se acoge sin mayor crítica por parte de unos juristas e historiadores imbuidos del espíritu de unidad *constitucional* que parece provenir del pasado gótico fundacional de España. Tal y como expone Jovellanos en su Discurso de ingreso en la Academia de la Historia (1780), esa *historia civil* vertebrada por la *constitución esencial*, se articula sobre la tradición goda y castellana medieval y moderna. A ella

famoso *Tratado de la Regalía de Amortización en el qual se demuestra por la serie de las varias edades, desde el nacimiento de la Iglesia en todos los siglos y Países Católicos, el uso constante de la autoridad civil, para impedir las ilimitadas enagenaciones de bienes raíces en Iglesias, Comunidades y otras manos-muertas; con una noticia de las leyes fundamentales de la Monarquía Española en este punto, que empieza con los godos, y se continúa en los varios Estados sucesivos, con aplicación a la exigencia actual del Reyno después de su reunión, y al beneficio común de los Vasallos*, En la Imprenta Real de la Gaceta, Madrid, 1765. Para una época posterior, cuando ya era consejero de Estado, remito a mi estudio, *Las Observaciones* de Pedro Rodríguez Campomanes al «Sistema General de Europa» (1791), en *Cuadernos de Estudios del siglo XVIII*, 2004 (en prensa).

⁴⁶ S. M. CORONAS GONZÁLEZ: «Jovellanos, jurista ilustrado», en *Anuario de Historia del Derecho español*; del mismo, *Jovellanos. Justicia, Estado y Constitución en la España del Antiguo Régimen*, Foro Jovellanos, Gijón, 2000, pp. 127-134; El pensamiento constitucional de Jovellanos, en.

⁴⁷ S. M. CORONAS: «“Entre Minerva y Temis”. Magistrados y poetas en la España de la Ilustración», en *Anuario de Historia del Derecho español*, LXXIV, 2004, pp. 59-94.

⁴⁸ Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel de MANUEL RODRÍGUEZ: *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1771.

⁴⁹ *Discurso sobre el modo de escribir y mejorar la Historia de España*, edición, prólogo y notas de F. López, Barcelona, 1973, pp. 180-233.

⁵⁰ LEÓN DE ARROYAL: *Cartas económico-políticas*, edición de J. M. Caso, Oviedo, 1971.

⁵¹ FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA: *Ensayo histórico crítico sobre la legislación y principales Cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alfonso el Sabio de León y Castilla*, Madrid, 1808, 1834, 1845 (esta última, coincidente con la segunda, incorpora las adiciones del autor y ha sido editada en la Biblioteca de Autores Españoles tomo CXCIV, Madrid, 1966, precedida de un estudio preliminar de J. Martínez Cardós. A esta obra capital le dedicó el siguiente elogio Jovellanos en carta a V. Holland de 2 de noviembre de 1808: «Para conocer la Constitución española cuanto la escasez de escritos acerca de ella permite conocer, la conocerá más clara y ampliamente cuando haya leído la obra que por una señalada y alta providencia ha salido a la luz en el tiempo en que era más necesaria y podía ser más provechosa. Hablo de Ensayo históricocrítico... donde V. E. hallará además de un rico tesoro de erudición escogida y recóndita, otro de máximas políticas y morales, tan luminosas, tan sólidas y tan firmemente expuestas que, de cierto, no se pudieran esperar en el tiempo y situación en que se escribieron», *Obras Completas* (edición de J. M. Caso González), V, Correspondencia, 4. Oviedo, 1990, p. 22.

⁵² R. FERNÁNDEZ CARVAJAL: «La historiografía constitucional de Sempere y Guarinos», en *Revista de Estudios Políticos*, 82, 1955, pp. 61-95.

⁵³ E. LLUCH: *Las Españas vencidas del siglo XVIII. Claroscuros de la Ilustración*, Barcelona, 1999.

refiere, siguiendo el modelo historiográfico del P. Burriel repetido por Asso y de Manuel, las etapas evolutivas de dicha *constitución*: la gótica, de naturaleza clerical, reflejada en el *Fuero Juzgo* (*Liber iudiciorum*); la foral y señorial, «varia y vacilante», que muestran el Libro de los Fueros y el Fuero Viejo de Castilla; la autocrática presente en las Partidas que representan la *revolución* legislativa de Alfonso X el Sabio; y la administrativa moderna que impulsan los Reyes Católicos y sus sucesores como se ve en el Ordenamiento de Montalvo y en la Nueva Recopilación. Es una Constitución histórica, consuetudinaria y legal, que partiendo del tronco gótico sigue por su rama legítima y más frondosa castellano-leonesa, sin que las restantes ramas del viejo orden plural medieval y moderno merezcan atención alguna en connivencia implícita con el espíritu de unidad borbónica. Esta Constitución histórica, que al calor de la cultura legal bajomedieval ha cuajado en Castilla en algunas *sobreleyes* o, en expresión francesa posterior, en algunas pocas *leyes fundamentales*, es formalmente la *Constitución del Estado* en tiempos de Carlos III.

Esta trasmutación se debe a Pedro Rodríguez Campomanes, el fiscal ilustrado del Consejo de Castilla que si todavía hablaba de *leyes fundamentales* de la monarquía en su famoso Tratado de la Regalía de amortización publicado en 1765, un año después no dudó en oponerse a las gracias obtenidas por la multitud amotinada en el famoso motín de Esquiche, apelando para ello a la *Constitución del Estado*. Por vez primera, que sepamos, resonaba esta expresión plena de sentido político en un dictamen fiscal y, posteriormente, en un texto legal. En virtud de una de las notas características de esta Constitución, su carácter corporativo, la población, organizada en estamentos, cuerpos y gremios, tenía la posibilidad de hacer oír su voz de repulsa o condena siguiendo los canales habituales de representación por Cortes o Consejo de Castilla. Lo que en modo alguno permitía la *Constitución del Estado* era el que una multitud de gentes sueltas, advenedizas y desorganizadas impusieran su ley a la sociedad y al propio rey. Por ello, para recomponer el orden constitucional era necesario que los estamentos de la nobleza, clero y pueblo, organizado este último en torno al Ayuntamiento de Madrid y a los gremios mayores y menores de la capital, pidieran la abolición de tales gracias por no responder su concesión al sentir corporativo de la ciudad. Así, en vísperas de la Revolución francesa que proclamará el principio de *igualdad*, se recuerda en la España oficial que una de las notas características de su *Constitución* es su corporativismo y que fuera de este orden corporativo no existe vida política ni social salvo la despreciable del populacho propensa a todo extremismo. De esta nota cabe deducir un concepto de nación propio del Antiguo Régimen. Es el rey con los cuerpos o estamentos de la sociedad los que forman la nación y en su estructura jerarquizada apenas sí hay lugar para esas gentes de mal vivir, ociosas, vagas y mal entretenidas, confundidas con el *bajo pueblo*, cuyo destino, más allá de la limosna, debe ser la integración social o la expulsión⁵⁴. Hospicios, como el

⁵⁴ Una síntesis de la antigua concepción en José Joaquín COLÓN: *España vindicada en sus clases y autoridades de las falsas opiniones que se le atribuyen. La escribió en Cádiz el año*

modélico de Gil de Jaz en Oviedo (1752), arsenales, presidios, ejércitos, son las instituciones llamadas a recuperar esas gentes que no deben confundirse con los *pobres* verdaderos, siempre protegidos por las instituciones y las leyes en cumplimiento del mandato evangélico.

A la espera de los años decisivos de la Guerra de la Independencia en que ese *bajo pueblo* recuperó de golpe su dignidad en la lucha heroica contra el invasor francés, una literatura patriótica que despuntó al calor de la poesía filológica de la Ilustración ya había comenzado a cantar a ese pueblo sencillo y llano, sujeto activo de una historia patria que ayudó a construir con su tesón y entusiasmo. En el programa poético de Jovellanos a sus amigos salmantinos⁵⁵, en algunas odas de Meléndez, en ciertos escritos satíricos de Forner o en la poesía patriótica de Quintana, está presente este sujeto histórico que irá recuperando el protagonismo perdido desde los albores de la Edad Media⁵⁶. Un sujeto que, al gusto de la época, es a la vez heroico y popular como en algunos sentidos versos de Jovellanos al caudillo astur Pelayo⁵⁷, o en ciertos temas propuestos a Meléndez, como el de la guerra de las Comunidades de Castilla –*la furia canta y las facciones/de la guerra civil que el pueblo hispano/alió y opuso al alemán soberbio*–, por más que este canto tuviera que esperar al genio poético de Quintana para hacerse realidad en su *A Juan de Padilla* (mayo de 1797), en los orígenes del mito de los Comuneros que tanto juego político habría de dar en los tiempos venideros. El *pueblo hispano*, a la llamada universal de libertad e igualdad entonada por la Revolución francesa, se fue imponiendo como sujeto histórico y político a despecho del antiguo orden estamental. Entroncando con los orígenes populares de las monarquías medievales, *El Pelayo* de Quintana consagró un género llamado a reconstruir la conciencia política patria⁵⁸. Su canto a la libertad e independencia nacional: «¡Libres

de 1811..., 2.^a edición, aumentada con las censuras de las Juntas Provinciales de Cádiz y la Suprema, Imprenta de Ripollés, Madrid, 1814.

⁵⁵ S. M. CORONAS: «Jovellanos y el grupo de legistas-poetas de la Universidad de Salamanca», en S. de Dios, J. Infante, E. Torrijano, *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En memoria de Francisco Tomás y Valiente*, Salamanca, 2004, pp. 589-612.

⁵⁶ CORONAS: *Entre Minerva y Temis Magistrados y poetas en la España de la Ilustración*, cit.

⁵⁷ «Sean tu objeto los héroes españoles/ las guerras, las victorias y el sangriento/furor de Marte. Dinos el glorioso/incendio de Sagunto, por la furia/de Aníbal atizado, o de Numancia,/ terror del Capitolio, las cenizas./Canta después el brazo omnipotente./que desde el hondo asiento hasta la cumbre/conmueve el monte Auseva y le desploma/sobre la hueste berberisca y suban/ por tu verso a la esfera cristalina/ los triunfos de Pelayo y su renombre...». G. M. de Jovellanos, Epístola primera. Carta de Jovellanos a sus amigos salmantinos (julio, 1776), en *Obras Completas I, Obras literarias*, edición crítica, introducción y notas de J. M. Caso González, Oviedo, 1984, pp. 85-93, vs. 276-287.

⁵⁸ *Pelayo, tragedia en cinco actos por Don Manuel Josef Quintana, representada en el teatro de los Caños del Peral el día 19 de enero de 1805*, Madrid, en la oficina de García y Compañía, año de 1805, 1f.-VIII-104 pp. *Vid.* el análisis de esta y otras obras del mismo género en A. DÉROZIER, *Manuel José Quintana y el nacimiento del liberalismo en España*. Madrid, 1978, pp. 83 ss. Esta conciencia política patria se ha rastreado en Cadalso, Forner, Cabarrús..., pero desde una óptica apenas constitucional en el sentido iusilustrado del término a partir de la interpretación del J. A. Maravall de que esa palabra o incluso la tantas veces usada por Forner de «Constitución del Estado» sólo tiene en este tiempo el sentido de «la interna estructura de un pueblo políticamente organizado». *Vid.*

nacimos! ¡Libres moriremos!», logró enardecer por su valor intemporal los ánimos de los espectadores del final del Antiguo Régimen como del nuevo constitucional. Superando la antigua concepción popular de Feijoo en la que el pueblo es el sujeto de errores vulgares dignos de corrección, labor correctora proseguida en más altas esferas por su discípulo Campomanes, se llega a la convicción de que el pueblo es el conjunto de todos los individuos que forman una nación. Así lo define Aguirre⁵⁹ y así lo glorifica Capmany en su encendido elogio de la cultura popular, donde la nación expresa con agudeza su *genio, luces y discreción, el carácter nacional, mejor que en la mayor parte de sus libros*⁶⁰.

5. EL PARTICULARISMO FORAL VASCO-NAVARRO

España, Nación y Constitución son los términos de una ecuación dieciochesca que se fue resolviendo paulatinamente a lo largo del siglo. La progresiva incardinación de los mismos fue obra de la política y del derecho, pero también de la historia y de la literatura capaces de crear una imagen de España, nacional y constitucional, precedente claro de la España contemporánea. Al margen de esta construcción nacional parecían quedar, con cierto aire anacrónico, los viejos particularismos vasconavarros, los únicos en conservar su antigua personalidad política diferenciada de la ahora común española. Su fidelidad al rey Borbón en la guerra sucesoria había mantenido incólume la vigencia del pacto de fidelidad y respeto al orden establecido de la Corona con los reinos, sancionado con juramento. Y al no mediar rebelión ni justa causa de ruptura de su orden pacticio pudieron mantener vigentes sus fueros, instituciones y leyes, a diferencia de la Corona de Aragón que quedó sometida al poder *absoluto* de la regalía tras su rebelión y conquista. La reducción jurídico pública o, en su caso, la supresión definitiva de los Fueros y Observancias de Aragón, de los Usatges, Constitucions y altres Drets de Cataluña, de la Costum y Furs valencianos y de los Privilegis, consuetuts y bons usos de Mallorca, dejaron a los Fueros vasconavarros como últimos exponentes del pasado plural de España.

Ciertamente, estos territorios estaban incardinados después de siglos en la Corona de Castilla por pactos de incorporación que llevaban implícita la fórmula *aeque principaliter* de su lectura foral. Pero cuando se avance en el pro-

de este autor *De la Ilustración al Romanticismo: el pensamiento político de Cadalso*, ahora recogido en sus *Estudios de Historia del Pensamiento Español. Siglo XVIII*, Madrid, 1999, pp. 39-57; del mismo, *El sentimiento de la nación en el siglo XVIII: la obra de Forner*, *ibidem*, pp. 59-85.

⁵⁹ *Correo de los ciegos*, 1787, núm. 34, p. 136. Vid. la compilación de los textos de Manuel Aguirre en A. ELORZA: *Cartas y Discursos del Militar Ingenuo en el Correo de los Ciegos de Madrid*. San Sebastián, 1974.

⁶⁰ *Teatro histórico-crítico de la eloquencia española*, t. I, Madrid, 1786. *Discurso preliminar*; vid. H. JURETSCHKE, «La contestación de Capmany a Cadalso y su discurso de ingreso en la Academia de la Historia», en *Revista de la Universidad de Madrid*, XVIII, 69, 1969, pp. 203 ss.

ceso de construcción de España como nación y constitución histórica, su particularismo foral disonará de ese conjunto armónico que juristas, historiadores y literatos pretenden construir sobre la planta castellana. Y así, no tardará mucho la erudición crítica del siglo en enfrentar los viejos mitos del pasado foral (*tubalismo, cantabrisimo, independencia originaria*)⁶¹, con intención de reducir su base histórica. Además, en un tiempo de exaltación regalista en el que los fueros vasco-navarros recuerdan el carácter pacticio o *templado* de la constitución tradicional, estos fueros serán acremente combatidos por parte de algunos juristas que quieren rebajar su significación política. Éste es el caso de Antonio Robles Vives, oidor de la Chancillería y Audiencia de Valladolid, autor de un *Discurso sobre la autoridad de los fueros municipales (circa 1770-1771)*, atribuido erróneamente a Campomanes⁶². Su doctrina antiforal, centrada en los fueros de Vizcaya, Guipúzcoa *i otros* que se aplicaban por los tribunales sin probar su uso como mandaba la legislación real, sentaba la siguiente premisa: «I no hai que replicar que Vizcaya era un Estado libre que se entregó voluntariamente a los Señores que eligieron, bajo la condición de que se les guardase dichos Fueros, cuya obligación recayó en los Reyes cuando heredaron aquel Señorío. No vale, repito, esta réplica porque siendo Vizcaya un feudo de Castilla cuyos Señores lo relevaban de la Corona a la que como sus vasallos siempre sirvieron, tiene S. M. desde que su augusta familia heredó este feudo dos distintos derechos sobre Vizcaya: uno de Soberano i otro de Señor. I aunque como Señor está obligado a la observancia de los Fueros, como Soberano es sobre ellos i puede corregirlos o aniquilarlos»⁶³.

Esta interpretación, que recoge el espíritu regalista del siglo, contrapone el pactismo foral a la soberanía regia. Aunque tenga manifestaciones varias, no tan extremas como la aludida⁶⁴, por lo general tiende a ignorar la esencia pacticia de la antigua *constitución*, que articula reinos y monarquía, en favor de una desnuda presentación autocrática de la soberanía regia. Nada de pactos ni

⁶¹ G. MONREAL ZÍA: «Anotaciones sobre el pensamiento tradicional vasco en el siglo XVI», en *AHDE*, L, 1980, pp. 971-1004; M. A. Larrea, «La teoría foral en el siglo XVIII», en *Los Derechos Históricos Vascos*, Bilbao, 1988, pp. 53-69.

⁶² El error procede del hecho de atribuir el ms. 21700-15 de la Biblioteca Nacional que reproduce este *Discurso sobre la autoridad de los fueros municipales de España* al Conde de Campomanes. Una primera lectura del manuscrito nos hizo sospechar hace tiempo esa falsa autoría que pude confirmar años más tarde al hallar en el archivo de la Academia de la Historia otro manuscrito donde se fijaba la autoría auténtica de Antonio Robles Vives, corresponsal temprano de Campomanes, fiscal de la Audiencia de Valladolid y, más tarde, Consejero de Hacienda. A la espera de una edición crítica del mismo, hemos editado el texto hasta ahora inédito del *Discurso sobre los fueros* en su versión de la Biblioteca Nacional, como apéndice documental a nuestro estudio *Constitucionalismo histórico y neoforalismo en la historiografía del siglo XVIII*, en *Notitia Vasconiae* 1, 2002, pp. 83-118 (pp. 112-118).

⁶³ *Discurso* cit. f. 9r. Una interpretación del texto en B. CLAVERO: *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pp. 60-62.

⁶⁴ Un ejemplo puede ser la defensa de la regalía en punto a las levas en el reino de Navarra defendidas por Campomanes en pugna con la Diputación del reino que las consideraba contrafuero. Un resumen de los argumentos de su Informe de 14 de febrero de 1776 en J. M. SESÉ ALEGRE: *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVIII*, Pamplona, 1994, p. 340.

menos aún de soberanías compartidas como gustaría decir luego a Jovellanos y a los jovellanistas. Una soberanía real excluyente que, como otrora el *poder real absoluto*, no admite compañía ni límites más allá de los que marca el derecho divino y natural, positivizados en juramentos políticos. Y aún estos pactos y juramentos tienden a ser cuestionados sin mediar justa causa de abrogación al radicalizarse tras la Revolución francesa el significado político de la soberanía.

Es por entonces cuando se plantea, todavía en clave historicista, la continuidad de los fueros vascongados que reciben la andanada regalista de las *Noticias históricas* de Llorente ⁶⁵ y, en cierta medida, del *Diccionario geográfico-histórico de España* preparado por Martínez Marina y otros académicos de la Historia ⁶⁶. Especialmente de la primera, al ser propiamente la de Llorente una obra de encargo, redactada a instancias de Godoy, tras haber perdido la corte su confianza en la *Lealtad y Fidelidad* guipuzcoanas ante la actitud entreguista de esta provincia en la guerra de la Convención (1793-1795). Esta actitud, próxima a la sedición según el juicio de la Corte, marcó un punto de inflexión en las relaciones del poder con la foralidad vasca. A partir de ese momento se declaró sin ambages la enemiga a unos fueros basados en gran parte en aquella premisa de lealtad y fidelidad que hiciera durante siglos de esas provincias agrícolamente *estériles* un antemural defensivo de la Corona. Las *Noticias* de Llorente: impugnadas por Aranguren ⁶⁷ y Novia Salcedo ⁶⁸, difieren en este punto, sin embargo, del *Diccionario geográfico-histórico* que contó, entre otros corresponsales vascos que respondieron al cuestionario

⁶⁵ J. A. LLORENTE: *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas en que se procura investigar el estado civil antiguo de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y el origen de sus fueros*. Imprenta Real, Madrid, 1806-1808. El tomo V, Madrid, 1808, contiene la respuesta a la impugnación de Aranguren y Sobrado (reedición Los Amigos del Libro Vasco, Echévarri, Vizcaya, 1988). El título originario de la obra presentada a Godoy en 1795 centraba más directamente la cuestión: «Historia crítica del vasallaje de las tres Provincias Cantábricas y del origen de sus fueros en la cual se demuestra que Álava, Guipúzcoa y Vizcaya estuvieron desde los Romanos sujetas siempre Soberano por obligación y no por elección; sin haber sido jamás repúblicas libres independientes ni soberanas, ni entregado su libertad o independencia bajo pactos o condiciones y que todos los fueros de las tres Provincias provienen de gracias y privilegios concedidos por los monarcas, (AHN. Consejos, leg. 50825). A ella añadió el informe remitido en 1798 a Jovellanos, ministro de Gracia y Justicia, *Sobre el origen y autoridad de los fueros de Vizcaya, particularmente de los relativos a la exención de tributos*, suscitado por la negativa del Señorío de Vizcaya a tramitar el subsidio extraordinario impuesto al clero por considerarlo contrafuero. .

⁶⁶ *Diccionario geográfico-histórico de España*, por la Real Academia de la Historia. Sección I. Comprende el reino de Navarra, Señorío de Vizcaya y Provincias de Álava y Guipúzcoa. Madrid, Imprenta de Joaquín Ibarra, 1802, 2 vols. (reed. Bilbao, *La Gran Enciclopedia Vasca*, 1968, 2 vols.).

⁶⁷ F. ARANGUREN Y SOBRADO: *Demostración de las autoridades de que se vale el doctor D. Juan Antonio Llorente*. (1807), edición de J. M. Portillo y J. Viejo: Bilbao, 1994.

⁶⁸ P. NOVIA DE SALCEDO: *Defensa histórica, legislativa y económica del Señorío de Vizcaya y Provincias de Álava y Guipúzcoa, contra las Noticias Históricas de las mismas que publicó D. Juan Antonio Llorente, y el Informe de la Junta de Reforma de abusos de la Real Hacienda en las tres Provincias Vascongadas*, 3 vols. Bilbao, 1854 (la obra, escrita entre 1827 y 1829, vio retrasada su publicación por motivos políticos y económicos).

remitido por la Academia de la Historia, con Bernabé Antonio de Egaña, uno de los puntales del fuerismo guipuzcoano⁶⁹. Esta circunstancia, que obliga a matizar el pretendido discurso antiforal de una de estas obras, conviene relacionarla además con las raíces económicas del problema foral. Un problema de largo alcance planteado en su día en torno a las *tablas navarras* y las aduanas vascas que, a partir de 1778, mostraron la dificultad de adaptar el particularismo foral al nuevo modelo de libertad de comercio diseñado por Campomanes para toda la Monarquía⁷⁰. La declaración de libertad del comercio indiano, que a manera de un redescubrimiento comercial de América se promulgó el 12 de octubre de dicho año, suscitó una floración consular que en el norte cantábrico alumbró los consulados de La Coruña y Santander en pugna comercial con los antiguos de Bilbao y San Sebastián⁷¹. Los intentos corporativos de la Sociedad Bascongada de Amigos del País⁷² o los individuales de Peñaflores⁷³, Arikúbar⁷⁴, Foronda⁷⁵ o Ibáñez de la Rentería⁷⁶ por modernizar la estructura económica de las provincias forales a la luz de los principios económico-políticos ilustrados⁷⁷, chocaron con la enemiga frontal de las instituciones representati-

⁶⁹ A manera de síntesis del antiguo discurso foral, Egaña hablaba a fines del siglo XVIII (1783-1785?, 1790?) en su obra *Instituciones y colecciones histórico-legales pertenecientes al gobierno municipal, fueros, privilegios y exenciones de la M. N. y M. L. Provincia de Guipúzcoa* (edición preparada por L.M. Díez de Salazar Fernández y M. Rosa Ayerbe Iríbar bajo el título *Instituciones Públicas de Guipúzcoa siglo XVIII* San Sebastián, 1992), de la *Provincia fundada en su primitivo Fuero y libertad absoluta* (p. 454).

⁷⁰ Vid. al respecto la serie de trabajos reunidos en las Actas del II Symposium: «Libertad de Comercio y Aduanas en los territorios de Vasconia», en *Notitia Vasconiae* 2, 2003, pp. 29-476.

⁷¹ S. M. CORONAS: «Espíritu ilustrado y liberación del tráfico comercial con Indias», en *Anuario de Historia del Derecho español*, 62, 1992, pp. 67-116; del mismo, «La jurisdicción mercantil de los consulados del mar en el Antiguo Régimen (1494-1808)», en *Actas del Simposio Internacional «El Consulado de Burgos». V Centenario del Consulado de Burgos*, Burgos, 1994, pp. 251-279.

⁷² J. ASTIGARRAGA: *Pensamiento económico y reforma ilustrada de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (1760-1793)*, Universidad de Deusto, 1990.

⁷³ *Discursos inéditos de Javier María de Munibe, Conde de Peñaflores*, edición y estudio preliminar de J. Astigarraga, Vitoria, 2002;.

⁷⁴ Nicolás de ARIQUÍBAR, *Recreación política* (1779). Edición de J. Astigarraga y J. M. Barrenechea, Vitoria, 1987; cfr. *La Ilustración vasca. Cartas de Xavier de Munibe, Conde de Peñaflores, a Jacinto de Álava*. Parlamento Vasco, Vitoria, 1987.

⁷⁵ Valentín de FORONDA: *Cartas escritas por Mr. De Fer al Autor del Correo de Europa, en la que le da noticias de lo que ha observado en España*, Burdeos, (s.a.) (1783); *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía Política, y sobre las leyes Criminales*, Madrid, 1789-1794 (reed. con estudio preliminar de J. M. Barrenechea, Vitoria, 1994); J. M. BARRENECHEA: *Valentín de Foronda, reformador y economista ilustrado*, Vitoria, 1984.

⁷⁶ José Agustín IBÁÑEZ DE LA RENTERÍA: *Discursos que Don... presentó en la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País en sus Juntas generales de los años de 1780, 1781 y 1783*. (1790). Madrid, 1994. Sobre su aportación ulterior a la cuestión aduanera, *Observaciones sobre el informe dado al rey por la Junta de reforma de los abusos de Real Hacienda en las Provincias Bascongadas* (1820), vid. J. AGUIRREAZKUENAGA: «Contribución al pensamiento político de José Agustín Ibáñez de la Rentería (1751-1826)», en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 1994, 2, pp. 405-427.

⁷⁷ J. ASTIGARRAGA: *Foralismo e Ilustración en el siglo XVIII*, en *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Bilbao, 2000, pp. 19-43; J. FERNÁNDEZ SEBASTIÁN: *La Ilustración política*,

vas vasco-navarras. En pugna con los nuevos ideales igualitarios y libres de la Ilustración, estas instituciones se erigieron en defensoras a ultranza de un sistema de privilegios y exenciones que provenía de una concepción particularista de la realidad nacional: jurisdicción privativa, «fiscalidad antigua», en expresión de Llorente⁷⁸, fronteras arancelarias preservadoras de un ámbito de libertad de comercio interno, cierta autonomía normativa⁷⁹, defensa propia del territorio, hidalguía universal⁸⁰. Esta defensa de los fueros vascos y navarros, queridos por otras provincias limítrofes para sí por lo que tenían de autonomía y privilegio⁸¹, se vio acompañada por la renovación tardía de otras instituciones regionales deseosas de aumentar sus competencias, como hicieron los diputados de la Junta General del Principado de Asturias en sus Ordenanzas Generales de 1781. Testimonios que prueban como, a despecho de las corrientes uniformistas del siglo, el particularismo foral tenía raíces muy hondas basadas en parte en la tradición pero sobre todo en el autogobierno⁸².

Bilbao, 1994; C. TORIJA: *El libre comercio vasco con América*, Vitoria, 1985; J. Aguirreazkuena (ed.): *La articulación político-institucional de Vasconia*, Bilbao, 1995.

⁷⁸ J. A. LLORENTE: *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas en que se procura investigar el estado civil antiguo de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya y el origen de sus fueros*, 2 vols. Madrid, 1807, I, pp. 119 ss. Cfr. J. M. PORTILLO y J. VIEJO: «La cultura del Fuero entre historia y constitución». Estudio preliminar a la edición de FRANCISCO DE ARANGUREN y SOBRADO: *Demonstración de las autoridades de que se vale el doctor D. Juan Antonio Llorente*, Bilbao, 1994; P. FERNÁNDEZ ALBADALEJO: *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa 1766-1833: cambio económico e historia*, Madrid, 1975; I. MUGARTEGUI EGUÍA: «La exención fiscal de los territorios forales: el caso guipuzcoano en los siglos XVII y XVIII», en *Haciendas Forales y Hacienda Central. Homenaje a D. Miguel de Artola y D. Felipe Ruiz Martín*, Bilbao, 1990; del mismo autor, *Hacienda y fiscalidad en Guipúzcoa durante el Antiguo Régimen, 1700-1814*, San Sebastián, 1990.

⁷⁹ R. GÓMEZ RIVERO: *Un derecho histórico no actualizado: el uso o pase foral*, en *Los Derechos Históricos Vascos*, Bilbao, 1988, pp. 71-84; del mismo autor, *El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII*, San Sebastián, 1982.

⁸⁰ Andrés de POZA: *Fuero de hidalguía. Ad Pragmaticas de Toro et Tordesillas*. Estudio introductorio de C. Muñoz de Bustillo «La invención histórica del concepto de hidalguía universal», Bilbao, 1997; cfr. Alfonso de OTAZU: *El «igualitarismo vasco»: mito y realidad*, San Sebastián, 1973. Sobre la pugna de los viejos derechos corporativos con los nuevos individuales, remito a mi estudio *Derechos y libertades en la España del Antiguo Régimen*, Universidad de Valladolid, Instituto Histórico Simancas, 2003, pp. 57-159.

⁸¹ B. CLAVERO: «“A manera de Vizcaya”». Las instituciones vascongadas entre Fuero y Constitución», en *AHDE* LVIII, 1988, pp. 543-559; J. M. PORTILLO: «*Locura cantábrica* o la república en la monarquía. Percepción ilustrada de la constitución vizcaína» en *AHDE*, LXVII, 1997, pp. 749-767.

⁸² Es significativo en este punto el caso de Asturias. Jovellanos, en su *Discurso dirigido a la Real Sociedad de Amigos del País de Asturias sobre los medios de promover la felicidad de aquel Principado* (1781), había defendido ya por entonces la existencia de una «constitución particular de Asturias» [*Obras publicadas e inéditas*. Edición de C. Nocedal, II, (BAE, vol. 50) p. 439] sostenida asimismo en su *Reseña de la Junta General del Principado de Asturias* (*ibidem*, p. 508). Por esos años en los que existe un movimiento de afirmación regionalista que se plasma en la redacción del «*código legal del Principado*», era común la idea de vincular la Junta General con las Cortes: «gobernámonos en lo político y económico por unas Juntas que no son sino la continuación de nuestras antiguas Cortes», dirá el 22 de diciembre de 1780 el Procurador General del Principado en la Diputación de 22 de diciembre de 1780 (A[rchivo]H[istórico] de A[asturias], Actas de la Junta General del Principado, lib.113, fol.187). Cfr. MENÉNDEZ: *Elite y poder. La Junta General del Principado*, Oviedo, 1992, p. 306. Sin embargo, no por ello se cejó

6. REVOLUCIÓN, CONSTITUCIÓN Y FUEROS

En este sentido, el peligro mayor para la existencia de los fueros vasconavarros y en general para la vieja concepción pacticia de los reinos en la monarquía vino, a caballo de la Revolución francesa, de la inspiración uniformadora del nuevo constitucionalismo racionalista. Pero también del antiguo historicista interpretado en clave unitaria a la luz del centralismo borbónico. A despecho del canto a la antigua *constitución histórica*, cuyo exponente último eran las por entonces llamadas *constituciones provinciales*, se aceptó tardíamente por parte de Jovellanos y sus seguidores el principio de unidad constitucional como salvaguarda de la igualdad de derechos y deberes de los españoles⁸³. Un principio revolucionario que los moderados no tuvieron empacho en acoger, siguiendo la estela de su propia interpretación unitaria de la historia de España y de su *constitución*. En este punto, el pensamiento constitucional de Jovellanos, tributario en su desarrollo de la erudición historiográfica del siglo, mostró una singular evolución. Si en su *Instrucción* a la Junta de Legislación creada en el seno de la Comisión de Cortes de la Junta Central fijó el principio de la supresión de las *Constituciones provinciales y municipales* por entender que la unidad de Constitución era garantía de la igualdad de derechos y deberes entre los españoles, apenas dos meses antes, en sendas representaciones presentadas a la Junta Central (Sevilla, 6 y 10 de julio de 1809), había recurrido las providencias del Marqués de la Romana que, «atropellando los derechos del Principado», suprimió de hecho la «Junta General o Cortes del Principado». Su defensa por entonces de la Junta General del Principado de Asturias, «cuya constitución ha sido violada, su representación menospreciada y ultrajada, y sus fueros y franquezas escandalosamente desatendidos y atropellados», se había convertido así en la defensa de la Constitución de un Principado que, como cuerpo político, ya no existía tras ese acto de violencia despótico y que

en la vieja pretensión de obtener el *voto en Cortes*, perdido a fines de la Edad Media; años más tarde, escribía Antonio Heredia a Jovellanos (1797), por entonces ministro de Gracia y Justicia, dándole cuenta de las gestiones que se hacían para conseguir el ansiado voto en Cortes para Asturias, remitiéndole copia de un Memorial de la época de su abuelo «del que se servirá usted de ver, y podrá instruirnos del medio más oportuno de establecer la pretensión» (*Obras completas*, Correspondencia III, Oviedo, 1986, p. 345); cfr. *Colección de Asturias reunida por Jovellanos* (ed. M. Ballesteros), IV, Madrid, 1952, p. 199. Vid. en general para el ámbito vasco, J. M. PORTILLO VALDÉS: *Monarquía y gobierno provincial. Poder y Constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, Madrid, 1991; del mismo autor, «Historia magistra civis. La interpretación historiográfica de las Constituciones provinciales vascas en la Edad Moderna», en *Foralismo, Derechos históricos y Democracia*, Bilbao, 1998, pp. 85-116; F. MARTÍNEZ RUEDA: *Los poderes locales en Vizcaya. Del Antiguo Régimen a la Revolución liberal (1700-1853)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1994; G. RUIZ HOSPITAL: *El Gobierno de Gupuzkoa al servicio de su Rey y de sus naturales. La Diputación Provincial. De los Fueros al Liberalismo (siglos XVI-XIX)*, Diputación Foral de Guipuzkoa, 1997.

⁸³ S. M. CORONAS: *Jovellanos. Justicia, Estado y Constitución*, cit. pp. 152-159; del mismo, «El pensamiento constitucional de Jovellanos en Historia Constitucional». *Revista Electrónica de Historia Constitucional* (<http://constitucion.rediris.es/revista/hc/index.html>) 1, 2000, pp. 257-299.

sólo cabía resistir y no obedecer dicha medida en virtud de sus derechos constitucionales. Ahora bien, a la luz de esta defensa a ultranza de los derechos e instituciones tradicionales, ¿cómo pudo plantear Jovellanos en su Instrucción la supresión de las *constituciones provinciales*? La respuesta tal vez se halle en el lúcido informe del Ayuntamiento de Cádiz de 21 de septiembre de 1809, remitido a la Comisión de Cortes pocos días antes de que Jovellanos redactara su Instrucción. Al destacar la unidad de la vieja Constitución originada en el tiempo de los godos, en la época en que España devino monarquía independiente, se explicaba cómo al margen de su desarrollo consuetudinario en los diversos reinos medievales, «las leyes fundamentales de España siempre fueran unas en todos su reinos antes y después de la invasión de los sarracenos», apuntando el Informe claramente hacia la unidad política y legislativa de la nación, pues «un rey y una patria piden de justicia una sola Constitución y una sola ley. Nada hacemos si la legislación no se uniforma en todas las provincias del reino». De esta manera, a la llamada de la vieja Constitución unitaria se pretendía conjurar el peligro de restablecer las divisiones políticas de los antiguos reinos, garantizando la aplicación uniforme de los nuevos valores de libertad e igualdad: «Mas si cada uno de los Reinos, Principados y provincia, como los Señoríos, quiere conservar leyes y fueros separados y aún cierta peculiar constitución, concluyamos que por más que se trabaje y discurra, jamás tendremos ni leyes, ni fueros, ni constitución».

Es posible que Jovellanos, que actúa como puente entre el antiguo y nuevo constitucionalismo, descubriera de pronto la virtualidad del principio de unidad constitucional; pero todo hace pensar que, dejando a salvo su conocida pasión por Asturias, creía en la unidad constitucional de España. Así lo había expuesto en su Discurso programático de 1780 ante la Academia de la Historia y así lo había defendido en dictámenes y escritos posteriores. De esta forma, la unidad constitucional fue un principio compartido por ilustrados historicistas, partidarios de la antigua constitución góticohispana sobrepuesta al particularismo medieval e injertada en la troncal castellana, y por revolucionarios racionalistas que, haciendo tabla rasa del pasado, hicieron de esta cuestión un principio de razón. De esta forma, la *Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano* abrió en 1789 no sólo un debate teórico de los neoconstitucionalistas revolucionarios con los partidarios del constitucionalismo histórico⁸⁴ sino también de ambos con los defensores a ultranza del constitucionalismo foral. Un debate foral, continuación del tenido con la monarquía *absoluta*, planteado ahora asimismo con la Francia revolucionaria como si se tratara de una lucha entre los principios supuestamente contrarios de Razón e Historia. Enfrentados a esta radical dicotomía, los diputados vasco-navarros no dudaron en apelar a su *constitución histórica* ante la Carta otorgada por Napo-

⁸⁴ Este debate, más allá de la conocida participación de los Rubín de Celis, Marchena, tuvo también una interesante lectura oficial en los círculos del poder. Vid. S. M. CORONAS: «Las Observaciones de Pedro Rodríguez Campomanes al Sistema General de Europa (1791)», en *Cuadernos de Estudios del Siglo XVIII* (en prensa).

león en la Asamblea de Bayona. Por lo demás, que la cuestión de la supresión de las *constituciones provinciales* no iba a ser pacífica ya lo había anunciado la *Exposición hecha al Emperador sobre el proyecto constitucional*, presentado por los diputados del reino de Navarra Luis Gaínza y Miguel Escudero en la sesión de la Junta de Bayona de 27 de junio de 1808. Allí se recordaba que «en la primera erección de aquel reino en Monarquía intervinieron pactos que formaron sus fueros fundamentales, observados en lo fundamental hasta el día»; que «con el Estatuto Constitucional decretado para toda España» se derogaba «la mencionada Constitución navarra, no distinguiéndola en la generalidad de las demás provincias ni reconociéndose sus Cortes particulares» ni su legislación, al decir que España se gobernaría por un solo código civil. Por ello pedían «que se conserve a Navarra su Constitución particular a que debe su subsistencia en medio de ser gran parte de su territorio estéril y sumamente ingrato». En el mismo sentido se expresaron los representantes de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, pues, como decían estos últimos: «Había necesidad en España de una Constitución y V. M. I. y R. ha tenido a bien dársela, pero Vizcaya tiene una que ha hecho felices a sus naturales por espacio de varios siglos y sin la cual no podrá existir»⁸⁵.

Una vez planteada con crudeza la cuestión foral, sólo cabía optar entre una Constitución unitaria, garante de la futura igualdad de derechos y deberes de los ciudadanos, y una Constitución plural, de principios diversos, respetuosa con la tradición particular de las *constituciones provinciales*. Las «provincias de fueros» componían, según Capmany, una tercera parte de la monarquía: Aragón, Navarra, Cataluña, Valencia, Provincias Vascongadas y Asturias. Al estar «gobernadas por sus fueros y juntas concejales», demostraban que «la proposición general que España no ha tenido una Constitución legalmente fundada, reconocida y observada para sostener los derechos y la libertad de la nación es falsa, equivocada y ofensiva a las provincias de fueros que componen una tercera parte de la monarquía»⁸⁶. El problema era el de incorporar esta tradición plural, devenida en privilegio dolorosamente sentido por la población castellana a lo largo de los siglos modernos, al proyecto unitario de Constitución. En este sentido, la actitud de algunos informantes castellanos y andaluces fue ejemplar. Su canto sincero a la Constitución aragonesa, símbolo preclaro del viejo constitucionalismo hispano con unas leyes que, como los Fueros de Sobrarbe, habrían servido supuestamente de modelo a la misma Inglaterra, permitía afirmar orgullosamente al Ayuntamiento de Cádiz: «nada mendigamos de los extraños en el plan de remedios que proponemos». Pero al margen de estos cantos nacionales, la cuestión era dilucidar qué partes o principios de la legislación fundamental de los reinos debían incorporarse a la nueva o antigua Constitución reformada; una cuestión no sólo política, sino técnica y eru-

⁸⁵ C. SANZ CID: *La Constitución de Bayona*, Madrid, 1922, pp. 171 y 172; cfr. *Actas de la Diputación General de Españoles que se juntó en Bayona el 15 de junio de 1808*, Madrid, 1874, pp. 106-110.

⁸⁶ J. ÁLVAREZ JUNCO: «Capmany y su informe sobre la necesidad de una Constitución», en *Cuadernos Hispanoamericanos* 210, 1967, pp. 520-533.

dita para la que no hubo tiempo ni interés, como mostró la deslavazada compilación de Ranz Romanillos en la Junta de Legislación ⁸⁷.

7. FUEROS, CORTES Y CONSTITUCIÓN

La defensa foral vasco-navarra tuvo como corolario el artículo 144 de la Constitución de Bayona (1808) que, por vía de acuerdo, remitió el *examen de los fueros particulares de las provincias de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa, Álava* a la primera reunión de Cortes *para determinar lo que se juzgue más conveniente al interés de las mismas provincias y al de la nación*. Estas Cortes, nunca reunidas en la España de Administración francesa, sí lo fueron en septiembre de 1810 en la España nacional. Pero ni las Cortes de Cádiz ni su Constitución de 1812 se enfrentaron al problema foral, guardando un silencio implícitamente derogatorio por la misma lógica de sus principios uniformadores. Una *nación* (art. 1), una jurisdicción (art. 248), unos mismos códigos civiles, penales y de procedimiento (art. 258) exigían de suyo una Constitución unitaria capaz de ahorrar la nueva estructura del Estado; una estructura basada en los principios, antitéticos a los forales, de igualdad y uniformidad. Por ello, la Constitución de Cádiz, marcando la pauta del primer constitucionalismo decimonónico, omitió en su articulado cualquier referencia a los fueros vasco navarros ⁸⁸.

Esta llamativa omisión constitucional del problema foral corrió pareja con la rápida discusión en Cortes de la organización territorial del Estado. Si con la reaparición espontánea de las Juntas provinciales en mayo de 1808 había vuelto el fantasma de la «constitución federal de España» ⁸⁹ o, peor aún, del pueblo amotinado actuando fuera de los límites propios de la representación legítima tradicional ⁹⁰, su conjura por la Junta Central redujo el problema a

⁸⁷ CORONAS: *Las leyes fundamentales*, cit.

⁸⁸ El prof. B. CLAVERO ha venido defendiendo en clave constitucional vigente y a la luz de la disposición adicional primera de la Constitución de 1978 (*La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*), y por ello con cierto anacronismo, la compatibilidad de Fueros y Constitución en Cádiz, trasladando la responsabilidad de la ruptura al Estado esencialmente administrativo creado entre 1826-1836, fechas, a su juicio, de la «fundación del Estado español». Vid. *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*. Madrid, 1982; *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*. Barcelona, 1985; «Entre Cádiz y Vergara: lugar de encuentro de la Constitución con los Fueros», en *Anuario de Historia del Derecho Español* LIX, 1989, pp. 205-282; últimamente, «Constitución en común entre cultura y escritura: encrucijada gaditana de los fueros vascos», en *Notitia Vasconiae*, 2, 2003, pp. 613-661; 663-694.

⁸⁹ JOVELLANOS: *Memoria en defensa de la Junta Central*, I, p. 66.

⁹⁰ S. M. CORONAS: *Los motines de 1766 y la Constitución del Estado*, cit.; [J. Pérez Villamil] *Carta sobre el modo de establecer el Consejo de Regencia del reino con arreglo a nuestra constitución*. Madrid, 1808, p. 13.

sus límites forales habituales. Estos límites, salvando el período borbónico en el que el despotismo interior deplorado por Argüelles había cortado la normal evolución institucional de los países de la Corona de Aragón, eran los de los antiguos reinos y territorios históricos. Unos reinos y territorios cuyo significado constitucional, muy apagado salvo en el canto retórico del Discurso preliminar de Espina y Argüelles a la Constitución de 1812⁹¹, hubo de ceder paso al nuevo concepto, liberal y patriótico, de *la nación española*. Este concepto, inserto en el *proyecto formado para el arreglo y mejora de la constitución política de la nación española*, fue la verdadera «primera piedra del magnífico edificio» gaditano hasta el punto de condicionar la existencia de otros derechos históricos, naturales o individuales. La *super omnia* que gustaba decir al conde de Toreno para explicar la palabra soberanía, atribuida a la nación desde el I Decreto de las Cortes de 24 de septiembre de 1810, limitó cualquier otro derecho para sorpresa y desencanto de auténticos liberales⁹². La revolución constitucional de Cádiz hizo soberano el derecho nacional en una secuencia histórica próxima a la concepción colectiva del Antiguo Régimen. La nación y su corolario la unidad constitucional fue el *principio gene-*

⁹¹ Las famosas palabras del discurso preliminar atribuido a Argüelles y que por su carácter foral más bien parecen responder al pensamiento de Espina («Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mire como nuevo el método con que se ha distribuido las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva, en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, Navarra y de Castilla en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la Nación, los fueros y obligaciones de los ciudadanos, a la autoridad del Rey y de los tribunales, al establecimiento y uso de la fuerza armada, y al método económico administrativo de las provincias») deben ser contempladas a la luz de su actividad previa como secretario y casi único asistente con Ranz Romanillos de la Junta de Legislación (fundamental del reino) creada a instancia de Jovellanos en mayo de 1809. Su desprecio por la antigua legislación, reducida a Castilla en la desgastada recopilación de leyes fundamentales hecha por Ranz, fue compensada por el interés en plantear *Questiones constitucionales* que hubieron de servir de trabajos preparatorios no para la reforma, arreglo y mejora de la antigua constitución, objeto oficial del trabajo de la Junta de Legislación, sino para preparación y avance del programa constitucional de la nueva racionalista. Cf. F. TOMÁS Y VALIENTE: «Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución», en *Anuario de Historia del Derecho español*, LXV, 1995, pp. 13-125.

⁹² La falta de una declaración formal de derechos en la Constitución de Cádiz, a diferencia de su modelo francés de 1791, y la insuficiente mención de los derechos concretos de los *individuos* (reducidos del primitivo proyecto que hablaba de libertad, propiedad, seguridad e igualdad, a sólo los dos primeros del artículo 5 del proyecto constitucional; proyecto que Foronda calificaba de *miserable, miserabilísimo*, cuando creía que debía ser la base de la Constitución una explicación muy diminuta de los insinuados derechos [«sagrados y primitivos derechos que el Monarca del Universo concedió al hombre en sociedad»], como que todas las leyes deben brotar de ellos. (*Ligeras observaciones sobre el proyecto de la nueva constitución*. La Coruña, 1811), también supuso una decepción para lord Holland que de tiempo atrás había querido difundir en el entorno de la Junta Central un modo inglés, práctico, de libertad. S. M. CORONAS: «La recepción del modelo constitucional inglés como defensa de la Constitución histórica propia (1761-1810)», en *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà del '800*. A cura di A. Romano. Milán, 1998, pp. 615-643.

ral del sistema que orientó los trabajos todos de la Comisión de Constitución⁹³, la piedra de toque del nuevo Estado⁹⁴. Su discusión, centrada no tanto en la definición constitucional («La nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios», art. 1) como en el hecho de saber si la nación estaba ya constituida o estaba constituyéndose (aunque el diputado Espiga justificaba todavía el que la Comisión no definiera la nación como constituida «aunque lo esté» sino en el trance de estar «constituyéndose o lo que es lo mismo, está mejorando su constitución»⁹⁵), puso de manifiesto la radical diferencia entre la concepción histórica y racionalista. La nación o era la histórica, esencialmente plural, o era la unitaria moderna nacida de un pacto de *voluntad general*. En este caso no era una *reunión de territorios* sino de *voluntades* capaz de crear por *voluntad general* la *Constitución del Estado*⁹⁶. Una Constitución llamada a vertebrar un nuevo orden territorial tendente a consolidar la unidad nacional («esa operación tendrá siempre por objeto la unidad de la nación española»⁹⁷), por más que simplemente se enunciara por entonces el principio constitucional de la *división conveniente del territorio español*⁹⁸ «para evitar la guerra civil de provincia a provincia» en expresión de Argüelles⁹⁹. Precisamente, en la discusión de este artículo, Muñoz Torrero tuvo que salir al paso de las intervenciones de los diputados conservadores y americanos recordando «que formamos una sola nación y no un agregado de varias naciones»¹⁰⁰.

⁹³ «adoptar por máxima fundamental del sistema de reforma que deba establecerse que no habrá en adelante sino una Constitución única y uniforme para todos los dominios que comprende la monarquía española». M. ARTOLA: *Los orígenes de la España contemporánea*. Madrid, 1953, vol. I, p. 314.

⁹⁴ J. VARELA SUANCES-CARPEGNA: *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (las Cortes de Cádiz)*. Madrid, 1983, pp. 175 ss.; cf. P. VILAR: «Patrie et nation dans le vocabulaire de la guerre d'Indépendance espagnole», en *Revolution française*, enero-marzo de 1971, pp. 502-534.

⁹⁵ Sesión de 25 de agosto de 1811, en *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes*. tomo VIII. Cádiz. En la Imprenta Real, 1811, p. 20.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁹⁷ Sesión de 2 de septiembre de 1811, intervención del Sr. Leyva en apoyo del proyecto constitucional, en *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes*. tomo VIII, p. 117.

⁹⁸ «Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la nación lo permitan» (art. 12 del Proyecto de Constitución, aprobado sin modificaciones).

⁹⁹ *Ibidem*, p. 117.

¹⁰⁰ «Estamos hablando como si la nación española no fuese una, sino que tuviera reynos y estados diferentes. Es menester que nos hagamos cargo que todas estas divisiones de provincias deben desaparecer, y que en la constitución actual deben refundirse todas las leyes fundamentales de las demás provincias de la monarquía, especialmente quando en ella ninguna pierde. La comisión se ha propuesto igualarlas a todas; pero para esto, lexos de rebaxar los fueros por exemplo de los navarros y aragoneses, ha elevado a ellos a los andaluces, castellanos etc., igualándolos de esta manera a todos para que juntos formen una sola familia con las mismas leyes y gobierno... Yo quiero que nos acordemos que formamos una sola nación, y no un agregado de varias naciones». Sesión de 2 de septiembre de 1811, *ibidem*, p. 118. A manera de contrapunto histórico frente a tanto idealismo nacional de nuevo cuño las palabras del diputado Aner se limitaron a recordar que

Rechazada por los doceañistas, como ya antes por los reformistas de inspiración jovellanista, la misma idea de *constitución provincial* en base al principio de igualdad constitucional la consecuencia inmediata fue disponer un nuevo orden territorial «más conveniente», como el anunciado por la Constitución de Cádiz (art. 12). En este sentido, a la diversidad histórica de reinos y señoríos sucedió la uniformidad racionalista de la provincia ensayada a ejemplo de la división departamental francesa decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1791.

Esta división, además de establecer unos límites racionales del territorio, pretendía reunir en cada uno de ellos las diversas actividades administrativas, gubernativas y judiciales del Estado. Por vía de principio primero y por acción política después, las viejas *provincias* de carácter fiscal y censal de la Corona de Castilla ¹⁰¹ cedieron paso a las nuevas nacidas del principio revolucionario de homogeneidad territorial y simultaneidad de competencias. Tras diversos ensayos fallidos se pudo llegar a la primera división provincial sancionada por las Cortes del trienio liberal (1820-1822). En ella, conjugando los criterios de población, extensión física y accidentes geográficos con los derivados de la tradición cultural e histórica del territorio, se perfilaron por vez primera los límites de cada provincia a partir del dictamen de la Comisión Especial de la División del Territorio Español (Decreto de 27 de enero de 1822). Con pocos cambios, estos trabajos de la Comisión y el Decreto citado fueron tomados como base de la ulterior división provincial de Javier de Burgos, sancionada por Decreto de 30 de noviembre de 1833 ¹⁰². De esta forma, en los inicios de las guerras carlistas que tras el velo dinástico planteaban viejas cuestiones territoriales y políticas, se pudo dar por resuelto el arduo problema de la centralización política y administrativa de España diseñado en Cádiz. Esas mismas guerras, combinadas con el despertar cultural de la conciencia histórica nacionalista, fueron el símbolo de que el problema no había hecho más que empezar. El arreglo primero de la cuestión foral por la ley confirmatoria de los fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra de 25 de octubre de 1839 ¹⁰³, así como

«nadie es capaz de hacer que los catalanes se olviden que son catalanes», *ibidem*, p. 116. Remito a mi próximo estudio «Nación histórica y nación constitucional en la España de Cádiz», a publicar en las Actas del Convegno Internacionale di Studi: Fra Cadice, Palermo. Nazione Costituzionale, Rivoluzione.

¹⁰¹ Las registra G. MARTÍNEZ DÍEZ: «Génesis histórica de las provincias españolas», en Anuario de Historia del Derecho Español, LI, 1981, pp. 523-593; especialmente, 523-557.

¹⁰² J. BURGUEÑO: *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*. Madrid, 1996; J. C. GAY ARMENTEROS: *Política y administración en Javier de Burgos*. Granada, 1993; sobre las raíces también absolutistas de esta división, *vid.* M. MORÁN: «La división territorial en España 1825-1833», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* 247, julio-septiembre 1990, pp. 567-599.

¹⁰³ Artículo 1.º Se confirman los fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía.

Artículo 2.º El Gobierno, tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés de las mismas, conciliado con el general de la nación y

por la llamada ley *paccionada* de 16 de agosto de 1841 que organizó la Administración general de Navarra ¹⁰⁴, vino a matizar en larga secuencia histórica, peninsular e indiana, el concepto cuasimístico e ideal de *nación española* como *reunión de todos los españoles de ambos hemisferios* fijado por la Constitución de Cádiz.

SANTOS M. CORONAS

de la Constitución de la monarquía, resolviendo entre tanto provisionalmente, y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que puedan ofrecerse, dando de ello cuenta a las Cortes. *Colección de Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes*, tomo XXV, Madrid, 1839, pp. 491-492.

¹⁰⁴ Art. 2.º La administración de justicia seguirá en Navarra con arreglo a su legislación especial en los mismos términos que en la actualidad, hasta que teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del reino, se formen los códigos generales que deban regir en la Monarquía. *Colección de Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes*, tomo XXVII, Madrid, 1842, p. 532.

El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales

Testamenta hominum speculum esse morum vulgo creditur (Plinio el Joven, VIII, ep. 18).

Acabó la confesión y salió el cura diciendo:

«Verdaderamente se muere y verdaderamente está cuerdo Alonso Quijano, el Bueno; bien podemos entrar para que haga el testamento»

(Quijote, 2.^a parte, cap. 74, p. 1101 ed. RAE y Alfaguara, IV centenario)

SUMARIO: I. Introducción: *a)* Origen y alcance de la investigación. *b)* Estado de la cuestión. *c)* El testamento por comisario en la legislación castellana: 1. Fuero Real y Fuero de Soria. 2. Las Partidas.–II. La doctrina de algunos juristas castellanos sobre el testamento por comisario: *a)* Introducción. *b)* Juan López de Palacios Rubios. *c)* Diego Espino de Cáceres. *d)* Fernando Vázquez de Menchaca.–III. Cuándo y quiénes pueden ser comitente-testador y comisario: *a)* Introducción. *b)* Supuestos en que puede testarse por comisario. *c)* El testador-comitente. *d)* La figura del comisario: 1. Capacidad general para ser comisario. 2. La mujer. 3. Los clérigos. *e)* Identificación de los protagonistas en la práctica. *f)* Delegación del comisario en un tercero. *g)* ¿Puede heredarse la comisión? *h)* La comisión otorgada a varios comisarios.–IV. Naturaleza jurídica del apoderamiento y los poderes del comisario: *a)* Introducción. *b)* Naturaleza jurídica del poder del comisario en las Leyes de Toro. *c)* La comisión testamentaria es un poder. *d)* El poder general faculta al comisario para testar solamente *ad pias causas*. *e)* El testamento *ad pias causas* en los formularios y en los protocolos.–V. El poder especial: *a)* Introducción. *b)* Institución de heredero. *c)* Otras posibles comisiones especiales: 1. Generalidades. 2. Desheredación. 3. Mejora. 4. La sustitución. 5. Los legados. 6. El mayorazgo. 7. La disposición en favor del alma. 8. Otros posibles encargos del comitente. *d)* Personas a las que no puede favorecer el comisario.–VI. Formalidades y requisitos del poder para testar: *a)* Forma del poder para testar. *b)* Análisis de la estructura del poder. *c)* La eficacia dispositiva del poder. *d)* Extin-

ción del poder. e) La posible irrevocabilidad del poder.—VII. Plazo del comisario para cumplir el encargo.—VIII. Efectos en el supuesto de que el comisario no otorgare el testamento.—IX. Prohibición de revocar el comisario el testamento del comitente sin poder especial para ello.—X. Prohibición absoluta de revocar el comisario el testamento que hubiese otorgado en virtud del poder.—XI. Utilidad y funciones del testamento por comisario.—XII. Consideraciones finales y conclusiones provisionales.

I. INTRODUCCIÓN

A) ORIGEN Y ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

El presente artículo constituye una parte del trabajo de investigación que presenté en septiembre de 1993 para concursar a la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Gerona. Los inicios de la investigación se remontaban a 1990 y durante su realización se publicó una monografía sobre el testamento por comisario¹.

El desacuerdo que mantenía y mantengo con la tesis de Núñez Iglesias sobre el origen y naturaleza del testamento por comisario y el estudio más profundo de la doctrina castellana sobre la cuestión (especialmente López de Palacios Rubios, Gómez Arias y Cifuentes, no son estudiados por este autor), fueron los motivos por lo que consideré que debía continuar la investigación.

En mi trabajo de Cátedra hacía un largo recorrido de la cuestión, empezando por el Derecho romano en el que no cabía tal institución, siguiendo por el testamento por comisario en la práctica de la Alta Edad Media, deteniéndome en examinar la doctrina del Derecho común, hasta llegar al núcleo de la investigación centrado en las Leyes de Toro, a cuyo contenido responde ahora el título del trabajo.

Ahora, prescindiendo del Derecho romano y de las teorías sobre el testamento por comisario en la Doctrina del Derecho común, civil y canónico, abordaremos el estudio de la institución en el Derecho castellano. Después de aludir brevemente al testamento por comisario en la práctica alto-medieval, especialmente castellana; de la cita del Fuero de Soria, del Fuero Real y las Partidas, examinamos la doctrina castellana sobre el testamento por comisario, a través de algunos juristas castellanos, que, en un caso, es comentarista de las Leyes de Toro (como López de Palacios Rubios) y, en otros, son más teóricos

¹ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: *El testamento por comisario*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1991. Esta monografía constituye la tesis doctoral del autor sobre Derecho civil, y su contenido es fundamentalmente histórico. A él nos remitimos con carácter general para ciertas cuestiones del Derecho común y de algunas especialidades testamentarias, mediante fórmulas comisarias de los otros territorios hispanos, no castellanos, que ahora no tratamos.

sobre la cuestión, como Fernando Vázquez de Menchaca y Diego Espino de Cáceres).

El testamento por comisario es estudiado fundamentalmente a través de los comentaristas de las Leyes de Toro², y de la práctica del mismo, examinando algunos formularios. Tan sólo consultamos algunos poderes de testar y testamentos ya publicados como luego veremos o inéditos (del Archivo Histórico provincial de Cuenca donde se custodian los protocolos notariales conqueses que se han conservado desde comienzos del s. XVI).

² De los comentaristas de las Leyes de Toro cabe prescindir de Solón de Paz que sólo llega en sus comentarios hasta la Ley 3.^a (las de Toro regulan la cuestión en las leyes 31-39); de Guillen de Cervantes, que sólo alcanza hasta la 16. Del resto no citamos todas las ediciones. Estudiamos especialmente a LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, Juan: *Glossemata legum Tauri* 1542. Autor material de las Leyes, y su comentarista, que no pudo aprovecharse de ningún otro y todos beben de él. Sus comentarios se vierten especialmente sobre la Ley 31 y analiza tal cúmulo de cuestiones que muchas rebasan los límites del testamento por comisario. GÓMEZ, Antonio: *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Salamanca 1598. Su obra fue adicionada por su nieto, Diego Gómez Cornejo en 1598 y compendiada por Juan Pérez Villamil, en Madrid, en 1776 y por Pedro Nolasco del Llano, en 1785. Gómez es metódico y ordenado en sus comentarios, extrayendo numeradas unas conclusiones de cada ley, por lo que no es de extrañar que sea el más conocido y citado por los juristas a lo largo de los siglos. FERNÁNDEZ, Tello: *Prima pars commentariorum in primas triginta et octo leges Tauri*, Madrid, 1595. Pretende ser el más original o el que más quiere sobresalir por opiniones contrarias a la mayoría de comentaristas «taurinos»; si bien es el más temeroso en apartarse de las soluciones del derecho común. VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, Luis: *Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Hispaniarum regibus, felicis recordationis, utilissima glosa sequitur*, Toledo, 1588, llega en su comentario hasta la ley 35, remitiéndose para las restantes leyes a los comentarios de Matienzo. CASTILLO, Diego del: *Las Leyes de Toro glosadas, utilis et aurea domini Didaci Castellii super leges Tauri*, Medina del Campo, 1553. Uno de los primeros comentaristas, sobresale en determinadas cuestiones. Ya en el s. XIX, LLAMAS MOLINA, Sancho de: *Comentario crítico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid 1829 y 1852, resume y valora las distintas posturas de los comentaristas anteriores.

ÁLVAREZ POSADILLA, Juan: *Comentarios a las Leyes de Toro según su espíritu y la legislación española*, 1796, tuvo en su época más valor práctico que histórico hoy para nosotros. Su obra es en comentario, hilvanado en forma de diálogo entre un abogado y un escribano. Pueden considerarse también comentaristas de las Leyes de Toro quienes lo son del título V de la Nueva Compilación donde aquéllas se incluyen, como MATIENZO, Juan: *Commentaria in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*, 1580, y ACEVEDO, Alfonso: *Commentarium iuris civilis in Hispaniae regis constitutiones*, tomo III (*Quintum librum Novae Recopilationis complectens*), Salamanca, 1597.

ESPINO DE CÁCERES, Diego, se ocupa, aunque no exclusivamente, de esta cuestión en su *Speculum testamentorum*, Frankfurt, 1600. VÁZQUEZ DE MENCHACA, Fernando de: *De successionum progressu et resolutione tractatus*, Venecia, 1564 y COVARRUBIAS, Diego de: *In Gregorii Noni titulum de Testamentis Commentarii*, Salamanca, 1573, se preocupan de forma más genérica sobre la necesidad o no de seguir el derecho patrio la doctrina del derecho común sobre el testamento por comisario. CIFUENTES, Miguel de: *Nova lectura sive declaratio legum taurinarum*, 1536. GÓMEZ ARIAS, Fernando: *Subtilissima et valde utilis glossa ad famosísimas ac subtilis ac necesarias ac cotidianas leges Tauri*, Alcalá de Henares, 1546.

Sobre las Leyes de Toro, y especialmente sobre sus comentaristas y edición de sus obras: PÉREZ PRENDES, *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid, 1976, pp. 742-743. Un buen resumen de las Leyes de Toro en GIBERT, R: *Leyes de Toro*, NEJS T. IX pp. 247-266.

Una monografía sobre el comisario y el ejecutor testamentario en CARPIO, Francisco, *De exentoribus e commissariis testamentaris*, Osuna, 1638.

B) ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE EL TESTAMENTO POR COMISARIO

Hasta la reciente tesis de Núñez Iglesias, no existía ninguna monografía sobre el testamento por comisario. Contábamos con estudios sobre el derecho sucesorio que prestaban poca atención a la cuestión de este testamento especial. Aún hoy en día, la tesis de Caillemer contiene la visión más general y completa sobre la cuestión en los distintos Países de Europa Occidental desde la Alta Edad Media hasta el s. XIII³.

Resulta todavía provechosa la consulta de Pertile, especialmente sobre Italia⁴.

No abundan en general los trabajos sobre el derecho sucesorio en España y menos de Castilla. Hemos de acudir a García Gallo para conocer la evolución general del derecho de sucesiones⁵. Y tampoco existía bibliografía sobre esta especial forma de testar, hasta los trabajos de Arvizu para León⁶ y de Alonso Lamban para Aragón⁷. Hasta estas investigaciones ius-históricas recientes, habían sido los civilistas, por tratarse de una institución vigente hasta la promulgación del Código Civil, los que nos proporcionaban no sólo la exégesis y comentario de las nueve Leyes de Toro, reguladoras de la institución, sino también a veces el dato histórico, no del todo probado, de que el testamento por comisario tenía su origen en el canon *cum tibi* (Decreto 3, 26, 13). Desconocían por completo los civilistas que el testamento por comisario había aparecido consuetudinariamente en algunos países de la Europa Occidental, tal como estudió Caillemer y que el canon *cum tibi* solucionaba una cuestión planteada (año 1212) ante el Papa y resuelta por él, teniendo en cuenta seguramente la práctica de la época.

³ CAILLEMER, Robert: *Origines et développement de l'exécution testamentaire. Epoque franque et moyen age*, Lyon, 1901. Dedicó una sección de 30 páginas al testamento por comisario, incluyendo los territorios hispanos.

⁴ PERTILE, Antonio; *Storia del diritto italiano d'alla caduta del'Imperio romano a la Codificazione*, tomo IV, Torino, 1893.

⁵ GARCÍA GALLO, A.: «El problema de la sucesión «mortis causa» en la Alta Edad Media española», Madrid, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo X, 1959, pp. 248-276. Afirma aquí que «la historia del Derecho español de sucesiones está en su mayor parte por estudiar» (p. 253) y esto continúa siendo verdad. Del mismo «Del testamento romano al Medieval. Las líneas de su evolución en España», *A.H.D.E.*: 47 (1977), pp. 425-497. Remitimos a estos dos artículos para conocer la evolución general del derecho de sucesiones y para ahorrarnos ahora la exposición de la bibliografía más general sobre la cuestión que allí se cita.

⁶ ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando de: *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, EUNSA, 1977. De la página 286 a la 293 estudia el testamento por comisario, a través de dos casos localizados en el reino de León.

⁷ Ha estudiado la cuestión en Aragón repetidas veces: ALONSO Y LAMBÁN, Mariano: «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», *Revista de Derecho notarial* núm. 5-6 (1954). Pp. 1-196. y 9-10 (1955) «Las formas testamentales en las llamadas regiones forales». *Temis*, 5-6 (1959) pp. 11-69. «Un punto en el tema de la fiducia sucesoria aragonesa», *RJC*, 3-4 (mayo-agosto 1961), pp. 534-556.

Hasta tal punto llegaba la ignorancia sobre la cuestión que algunos civilistas afirmaban que el testamento por comisario era una institución propia y exclusiva del Derecho castellano⁸.

Más abundante es la bibliografía sobre el ejecutor testamentario y de utilidad a nuestro propósito por la contigüidad institucional entre el ejecutor y el comisario. Son ya clásicos los trabajos de Merea para Portugal y Castilla, Roberti para Francia, Besta y Vismara para Italia. Últimamente los de Udina y Bastier para Cataluña, y como hemos visto, Arvizu para León y Castilla⁹.

Informaciones muy sumarias sobre el testamento por comisario las podemos obtener de Bussi, Tau, Lalinde, Maldonado, y de algunos juristas catalanes, como Roca Sastre, con ocasión de diferenciar el testamento por comisario de instituciones catalanas próximas al mismo¹⁰.

Es fundamentalmente de carácter histórico la obra de Núñez Iglesias, pero con la pretensión de servir de introducción y apoyo a la ciencia iuspositivista. Justificación innecesaria de un civilista, que construye una buena tesis de historia del derecho privado. No sería necesaria una reconstrucción histórica tan completa al servicio de la dogmática jurídica. No creo que la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del «Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores» merezca tanto esfuerzo introductorio. Porque, en último término, la figura histórica que renace en este estatuto es, más bien, la del continuador de la explotación familiar o de la «casa»; propia de algunos territorios forales, y no del testamento por comisario de Castilla. Además, según la doctrina del derecho común en la designación del hijo más apto para continuar la explotación familiar nos encontramos en un caso de elección de *incerta ex certis personis*, que fue admitida sin problema alguno por el *ius commune* porque no se trata de un verdadero supuesto de testamento por comisario. En Castilla,

⁸ Véase NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*, las notas 300 y 301 (pp. 105-107), donde se recogen las opiniones de varios juristas y de comentaristas del Código Civil español, poco informados sobre la cuestión.

⁹ Véase NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*, pp. 7-10. UDINA I ABELLÓ, A.: *La successió testada a la Catalunya altomedieval*, Barcelona, Fundació Noguera, Textos y documentos, 1984. BASTIER, Jean: «Le testament en Catalogne du IX an XII siècle: une survivance wisigothique», *Revue historique de droit français et étranger*, LXI-3.º (1973), pp. 373-417. MEREAS, Paulo: «Sobre as origens do executor testamentario», *Studos de direito hispanico medieval*, tomo II, Coimbra, 1953, pp. 1-53. VISMARA, Gulio: *Famiglia e successioni nella historia del diritto prospettive*, Roma, Ed. Studi s/d.

¹⁰ Para la Edad Moderna cita Núñez Iglesias la tesis del francés Vives sobre «la faculté d'élire» que no hemos podido localizar. BUSSI, E.: *La formazione dei dogmi di diritto privato en diritto comune (contrati, successioni, diritti di famiglia)*, Padoua, 1971. TAU ANZOATEGUI: *Esquema histórico del Derecho sucesorio. Del medioevo castellano al s. XIX.*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, s/d. 2.ª Rev. MALDONADO, José: *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944. ROCA SASTRE: «L'heretament fiduciari al Pallars-Subirà», *Conferències sobre varietats comarcals al Dret civil català*, Barcelona, 1934, pp. 101-160. En este trabajo realiza una precisa distinción entre las instituciones, en las que se encomienda a otra persona el nombramiento o elección del heredero. En todos los territorios, que ahora llamamos forales, existió una institución por la que los cónyuges se apoderaban mutuamente para que el que sobreviviese eligiese al hijo más apto, como heredero que continuase la casa o explotación familiar. En Vizcaya, el llamado testamento por comisario cumplió también esta misma función. Diferente es el caso del reino de Castilla, donde el testamento por comisario lo fue exclusivamente *ad pias causas*, como defendemos en este trabajo.

como veremos, el testamento por comisario tuvo otra finalidad: *ad pias causas*.

En cuanto al contenido de la tesis de Núñez Iglesias, cabe destacar la exposición sistemática de la doctrina del *ius commune* sobre la comisión para testar y de los grados de atribución de facultades al comisario. Los comentaristas sustentaron su doctrina, más sobre los principios de la filosofía escolástica (especialmente la Suma de Santo Tomás), que en los fundamentos jurídicos romanos, y reforzaron también la prohibición de encomendar a otro la disposición testamentaria a través de la errónea interpretación de las instituciones captatorias del Derecho romano confundidas con la institución de heredero, por medio de un apoderado.

Núñez Iglesias aprovecha su tesis de que el comisario para testar procede del ejecutor o albacea universal con poderes reforzados, para estudiar ampliamente la institución del ejecutor, rebasando su tesis los límites el título de la misma. No compartimos la teoría de Núñez Iglesias sobre el origen del comisario para testar a partir del ejecutor, como luego veremos.

No estudiamos el testamento por comisario en la Codificación. La decadencia de la institución ha sido expuesta por Núñez Iglesias de forma bastante completa. No estudia, en cambio, la significación y función que cumplió este testamento dentro del Derecho castellano, que nosotros tratamos de averiguar, con el debido detenimiento.

Núñez Iglesias emplea un método cronológico, al fragmentar la evolución de la institución en tres etapas: la Edad Media, Moderna, y la Codificación. Siendo normalmente las instituciones de derecho privado de «larga duración», una institución concreta puede «traspasar» varias épocas, sin que sea apenas perceptible una evolución de la misma que justifique tal división cronológica. Quizá el método utilizado por Núñez Iglesias venga justificado en parte porque para este autor hay un cambio de naturaleza jurídica de la institución a lo largo de los siglos, que no compartimos y que tendremos ocasión de exponer a lo largo del trabajo.

C) EL TESTAMENTO POR COMISARIO EN LA LEGISLACIÓN CASTELLANA

1. Fuero Real y Fuero de Soria

La práctica alto-medieval del testamento por comisario, no fue muy frecuente si atendemos a los pocos casos localizados por Arvizu, ni encontró apenas eco en los fueros castellanos. Y los dos textos que lo reconocen establecen una regulación poco exigente en cuanto a los requisitos. Éstos son el Fuero Real¹¹ y el Fuero de Soria¹².

¹¹ «Si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por sí la manda que quisiere fazer de sus cosas e diese su poder a otri que él la ordene e la dé en aquellos logares do él viere por bien, puédalo fazer e lo que él ordenare o diere vala así como si la ordenare aquel que dio el poder» (Fuero Real, 3, 5, 6, edic. Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, p. 76.).

¹² En parecidos términos lo regula el Fuero de Soria: «Si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por sí la manda que quisiere fazer de sus cosas e diere su poder a otri que la ordene por él

Ni el Fuero Real ni el Fuero de Soria prohíben que el comisario sea investido de extensos poderes por el comitente; al contrario, parece que cabe la comisión en él mismo de las más amplias facultades.

Aparentemente, según estos dos preceptos, el comitente puede encomendar al comisario importantes encargos como sería la institución de heredero, pero cierto inciso de estos textos nos alerta del verdadero fin o, al menos, del más frecuente, cuando se otorgaba poder a otra persona: la determinación y entrega de una manda piadosa, normalmente *pro remedio animae* «... e que él viere por bien ...»¹³.

Por tanto, el Fuero Real y el Fuero de Soria no regulan un testamento por comisario, que contenga la posibilidad de encomendarle las más amplias facultades dispositivas, sino el testamento *ad pias causas*, ya que la libertad de escoger el comisario el lugar donde ha de entregar la manda que el comitente le ordenó hacer, nos induce a pensar que estos textos reflejan la práctica castellana de la época reveladora claramente de que el testamento por comisario era utilizado fundamentalmente por los testadores para cumplir los deberes de piedad de todo cristiano ante la proximidad y el temor de la muerte.

Nada sabemos sobre la posible influencia textual del canon *cum tibi* en estos Fueros castellanos. Coinciden sólo en esa, más bien aparente, absoluta libertad del comitente para apoderar a otra persona que disponga en su nombre. De esta coincidencia no puede deducirse ningún signo de influencia de la legislación canónica sobre la legislación de estos Fueros, que parece obedecer más bien a la práctica castellana, aunque en estas cuestiones es difícil descartar al menos un influjo genérico del Derecho canónico.

2. Las Partidas

Las Partidas introducen en el Derecho castellano la doctrina restrictiva del Derecho civil sobre el testamento *in dispositione alterius*¹⁴.

Las Partidas prohíben que el comitente pueda encomendar a otro el nombramiento del heredero y la disposición de las otras mandas¹⁵.

en aquellos lugares que él viere por bien, puédalo fazer. Et lo que él ordenare o diere que vala assi como si la ordenasse aquel que dio el poder». (Fuero de Soria, 301, edic. GALO SÁNCHEZ: *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, 1919, p. 238.)

¹³ Destaca NÚÑEZ IGLESIAS: que esta determinación por parte del comisario de elegir el lugar se ha de interpretar como la libertad que tiene de escoger el beneficiario, monasterio o iglesia destinatario de la manda, como se desprende de muchos testamentos y de los formularios notariales *ob. cit.* (p. 87 y nota 268 de la misma página).

¹⁴ Según NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.* (p. 207) «ellas no han prohibido, como se ha dicho, esta forma de disposición. Las Partidas han establecido una regulación acorde con la doctrina del derecho común». Más bien tendríamos que decir que Las Partidas se han apartado de la práctica castellana y se han alineado con la doctrina más estricta del Derecho civil sobre el testamento por comisario. De ahí que la primera afirmación de Núñez Iglesias de que Las Partidas no han prohibido la institución, queda en gran medida desmentida por la segunda, donde desarrolla el contenido de los dos preceptos fundamentales de Las Partidas sobre esta cuestión.

¹⁵ «Declarar deue e nombrar el fazedor del testamento por sí mismo el nome de aquel que estableciese por heredero. Ca si él otorgasse poder a otro quelo estableciesse en su lugar, no

Las Partidas no permiten que la facultad para legar se atribuya a la libre voluntad de otra persona, pero sí al *arbitrio boni viri*, pues se puede acudir al criterio de «*algun ome sabio*», para ordenar el testamento y repartir los legados. Las Partidas siguen la opinión común de la doctrina del Derecho civil, que no admite la comisión a otra persona de institución de heredero, ni de los legados a la mera o libre voluntad de un tercero¹⁶.

En otra ley insisten Las Partidas en declarar inválido el legado si se confía a la mera voluntad de un tercero, pero será válido si se deja bajo condición suspensiva¹⁷ ¿Cuál pudo ser la influencia efectiva de la regulación establecida en Las Partidas en menoscabo de la práctica del testamento por comisario? Es difícil que podamos determinarla. En primer lugar porque no sólo combatían el testamento por comisario las Partidas, sino también el derecho común, que se alegaba también en la práctica castellana, contra lo dispuesto en el ordenamiento de Alcalá. En segundo lugar habría que estudiar si los poderes para testar ya restringían las facultades del comisario, antes de la entrada en vigor de las Partidas. Por último, quedaría la cuestión de saber si la regulación restric-

valdria, maguer dixesse así, aquel sea mio heredero que fulano quisiere, o establesciere por mio que lo sea. Esto es porque el establecimiento del heredero e de las mandas, non deve ser puesto en aluedrio de otro. Pero si alguno rogasse al testador, que fiziesse su heredero a otro, nombrandolo, si el que fizo el testamento quiere caber su ruego e lo establesciere por su heredero, valdra. Otrosi dezimos que, si el fazedor del testamento dixese a algun escriuano de concejo, ruego te e mando te que escriuas como establezco por mio heredero a fulano: e que mando tantos marauedis: o tantas cosas, o tanto heredamiento que sea dado por mi anima, diziendo a qué personas lo manda dar, o quanto a cada uno; ante siete testigos, e mando te que vayas a alguno ome sabio, e en la manera quel ordenare que sea fecho mio testamento, e departidas mis mandas, que lo escriuas tu assi, porque tengo por bien que vala como lo él ordenare. Entonce bien valdria lo que assi fuesse fecho, por mandado del testador» (pp. 6, 3, 11).

¹⁶ Así lo interpretó el más autorizado comentarista de Las Partidas, GREGORIO LÓPEZ: «*Idem si dicat quem arbitratu fuerit, vel quem putaverit, vel alia verba importantia arbitrium boni viri, licet in legatis secus esset*» (GREGORIO LÓPEZ: *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono*, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de India de su Magestad, ad pp. 6, 3, 11, v. Quisiere. Ed. Salamanca 1555, Madrid, 1985).

¹⁷ «Usando el testador a dezir tales palabras, quando fiziesse la manda, dexo a fulano tal cosa, si entendiere mi heredero que es derecho que la aya, o si dixesse: dexolo en aluedrio de mi heredero que, si el entendiere que sera bien que aya fulano tal cosa que les mando, que gela dé. Ca en qualquier destas maneras, vale la manda que assi fuesse dexada. Fuera ende si el heredero demuestra alguna derecha razón, porque non la quisiere dar nin otorgar. Mas si dixesse el testador: mando a fulano tal cosa si mi heredero demuestra alguna derecha razón, porque non la quisiere dar nin otorgar. Mas si dixesse el testador: mando a fulano tal cosa si mi heredero quisiere o toviere por bien que la aya: estonce en voluntad es del heredero de cumplir la manda, que asi fuesse fecha, o de revocarla si quisiere. E esto es porque, usando el testador a dezir tales palabras, quando fazía la manda, semeiava que en todas guisas la ponía el en el aluedrio del heredero. Mas si el testador dixesse mando a fulano ome mil marauedis, si quisiere tal ome cierto, diziendo el nome de cada uno dellos señaladamente, non valdria tal manda, porque es fecha a uno, e es puesta señaladamente, en aluedrio de otro. E porende dixeron los sabios antiguos, que las mandas e los establecimientos de los herederos, deuen ser fechos según su voluntad del fazedor del testamento, e non deuen ser puestas en juyzio e en plazer de otri. Mas si el testador fiziesse la manda diziendo assi que mandava a uno mil marauedis, si otro que nombraua señaladamente fiziesse alguna cosa ciertamente, como quier que aquella cosa en voluntad e en aluedrio del otro, era de la fazer o non: valdria la manda, si aquella cosa que nombrasse se cumpliesse (pp. 6, 9, 29).

tiva de Las Partidas sobre el testamento por comisario cedería ante la legislación más generosa del Fuero de Soria y del Fuero Real, en aquellas ciudades que tenían como Fuero local propio uno de dichos textos. Quizá la no entrada en vigor de Las Partidas hasta el Ordenamiento de Alcalá (1348), así como la aplicación prioritaria del Fuero Real en aquellas ciudades que lo tuviesen como Fuero local propio son factores que retrasan o recortan la aplicación de los preceptos sobre el testamento por comisario, tal como eran entendidos por el Derecho común e introducidos en Castilla por Alfonso X. Ciertamente sabemos, desde que se han conservado formularios notariales, que las facultades y poderes del comisario aparecen ya muy recortados en la Baja Edad Media. Habría que estudiar si este repliegue de los poderes del comisario se debe a la influencia del Derecho común y de las Partidas o la práctica castellana ya había evolucionado autónomamente en este sentido. Pero esta cuestión requiere una investigación que ahora no podemos atender.

II. LA DOCTRINA DE ALGUNOS JURISTAS CASTELLANOS SOBRE EL TESTAMENTO POR COMISARIO

A) INTRODUCCIÓN

¿Existe algún rasgo propio en la doctrina jurídica castellana sobre el testamento por comisario que podamos calificar como original y que no sea la mera repetición o eco de la opinión de los glosadores y comentaristas del *ius commune* del resto de la Cristiandad?

Creemos que concurren algunas circunstancias que justifican abrir este apartado. Es cierto que muchos de nuestros comentaristas reproducen la doctrina común y que otros incluso interpretan las Leyes de Toro de acuerdo con el Derecho común. Ciertamente las Leyes de Toro podían suponer en esta cuestión un desafío a la doctrina del Derecho común y la posibilidad de negarle una autoridad y «respeto» indiscutibles. Y a cierta actitud al respecto de algunos de nuestros juristas vamos a consagrar este apartado.

La glosa y, en gran parte, los comentaristas del *mos italicus* equipararon la voluntad captatoria con la disposición testamentaria encomendada a la voluntad de otra persona. La distinción de las dos cuestiones no ofrecía ninguna duda en el Derecho romano y sólo algún pasaje podía inducir a confusión a una mente poco avisada.

Los glosadores y comentaristas, carentes de una formación histórica y desprovistos del método filológico, identificaron la *voluntas capciosa o captatoria* con la disposición *in secretum alienae voluntatis*. Esta equiparación de la naturaleza y efectos de las dos instituciones fue seguida por los comentaristas, quienes se contaminaron del error, inducidos, sin duda, por el principio de autoridad propio del método escolástico. La interpretación errónea fue corregida por la nueva escuela del «*mos gallicus*». Los juristas españoles, con ocasión de comentar el testamento por comisario en las Leyes de Toro, se adhirieron en

unos casos a la tesis identificatoria y en otros distinguieron *di la voluntas captatoria* de la encomendada a la disposición de otra persona.

Entre los juristas hispanos que se ocupan de estas cuestiones, cabe destacar a Carpio, Antonio Agustín, Covarrubias, Rodrigo Suárez, Vázquez de Menchaca y Espino de Cáceres, entre otros. Rodrigo Suárez escribió un breve tratado *De captatoria voluntate*, en el que resume y sistematiza las distintas opiniones sobre la *voluntas captatoria*¹⁸.

En primer lugar, subrayan algunos de estos juristas la facilidad con que la glosa de Accursio arrastró a los comentaristas a confundir la voluntad captatoria con la comisión de la disposición testamentaria a la voluntad de otra persona¹⁹.

Entre nosotros, fue Antonio Agustín quien señaló a Accursio como autor de la confusión entre una y otra institución²⁰.

También Covarrubias percibió también claramente la distinción entre la institución captatoria y la comisión para testar²¹.

Pero, más que en la nítida distinción entre instituciones captatorias y las encomendadas a la voluntad de un tercero, donde especialmente alienta cierto espíritu de originalidad de los juristas españoles, es en la defensa de la validez de las disposiciones «*mortis causa*» encomendadas a la voluntad de un tercero, que el Derecho castellano admitía en el Fuero Real, y con matices en las leyes

¹⁸ SUÁREZ, Rodrigo: *Dilucida commentaria*, Valladolid, Fernández de Cordova, s/n. Dentro de las alegaciones se contiene el tratado «*de captatoria voluntate*, ff. 163-169. El resto de juristas excepto Antonio Agustín, citados en la nota 2.

¹⁹ Dice CARPIO: «...*omnes doctores antiqui et fere neoterici, quasi aves quae volatum anterioris sequuntur existimaverunt ultimam dispositionem in alterius voluntatem collatam captatoriam nuncupari*» (Lib. 2, cap. 6, núm. 18, f. 148 V.) Recordemos que en Roma la captación de herencias era una práctica fraudulenta muy frecuente, como nos han transmitido los autores clásicos (Séneca, Plinio, Petronio, Marcial) que hicieron de este engaño una diana típica de la literatura diatrística y epigramática. Estas aves carroñeras, como las identifica Séneca (*De Beneficiis*, IV, 20) circunvuelan especialmente a los ricos viejos o sin hijos o la joven enferma, cuya herencia se trata de pescar con el anzuelo de las dádivas, legados o la petición de casamiento. La delimitación de la captación en D. 25, 5, 70 (71).

²⁰ «*Quo capite illud definitum est, ut Accursiani, existimant, captatorias institutiones esse, quae pure fiant, licet alter alterum nulla eius testamenti mentione facta, instituisset...*» continúa ANTONIO AGUSTÍN: «...*vir et uxor se invicem heredes alter alterum relinquerat et non esse captatorium testamentum dicitur... Et licet secretum alienae voluntatis quodcumque alienum arbitrium dici possit, tamen Papiniano satis visum est rationem afferre, qua pura intentio a captatoria differet. Nam quod accursiani dicunt voluntates ex alieno arbitrio pendere non posse idem ego affirmo... nego tamen eas omnes institutiones captatorias esse quae ex arbitrio alieno pendeant*» (*Emendationum...*, lib. 4, cap. 16, p. 87). Cito por NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*, p. 164, nota 572. En esta nota y en la siguiente hay más citas sobre la cuestión de no confundir la *captatoria voluntas* con la encomendación de testar a la voluntad de un tercero.

De tal manera es así que en la mayoría de los comentaristas, para localizar la materia sobre la comisión testamentaria o encomendada a la voluntad de otra persona es necesario buscar *voluntas captatoria*, en el *index rerum et verborum*.

²¹ *In Gregorii noni Titulum de Testamentis Commentarii, caput cum Tibi*, Salamanca, 1573, «*Est etenim captatoria voluntas diversa ab ea, quae ex alieno et simplici ac libero iudicio pendet...*», núm. 2, f. 82.

de Toro. Unos juristas con reservas y timidez, otros con cierta valentía, se manifestaron contra la autoridad indiscutida del Derecho romano y admitieron la validez del testamento por comisario.

Uno de los juristas que cuestiona la superioridad absoluta del Derecho romano sobre el Derecho real es López de Palacios Rubios.

B) LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS

Comienza alegando que, según el Fuero Real, es válida la voluntad captatoria entendida como disposición testamentaria encomendada a otra persona. Se deduce que la ley española puede disponer que valga la voluntad captatoria, como ya defendieron Angelus, Juan de Imola, Baldo, Alexandro, al comentar distintos textos romanos. «*Ergo fuit ista prohibitio de iure civile inventa et consequenter contrario iure potest tolli*», según una de las reglas del derecho recogidas en el Digesto, y «*quod ius civile et canonicum approbant captatoriam voluntatem in aliquibus casibus et potuissent generaliter*»²².

Y continúa argumentando: si la sustitución pupilar y la vulgar se introdujeron en el derecho romano por costumbre... «*non est mirandum quod dicta lex regni dictet quod valeat quis facere testamentum pro alio...; item si de iure civile statum est quod non valeat captatoria voluntas, per ipsum ius potest tolli*»²³.

C) DIEGO ESPINO DE CÁCERES

Otro jurista que se ha ocupado ampliamente del testamento por comisario es Diego Espino de Cáceres²⁴. En su *Speculum*, editado en 1600, observamos a un jurista que, pese a la época en que escribe ya no acumula cita sobre cita de autoridades, sino que se apoya para sus razonamientos en los textos justinianeos, acudiendo con sobriedad a las citas de la doctrina del derecho común. De ahí que puede observarse cierta «frescura» en su literatura jurídica y bastante libertad en sus razonamientos y conclusiones.

En cuanto a la validez del testamento por comisario, Espino parte de un principio general establecido en el núm. 23 de su glosa: «*quando aliquis habet liberam potestatem ad exercitium alicuius actus potest illum actum exercendum alteri committere*», de ahí que concluya en la glosa 24: «*omni iure*

²² Ad. L. 31, XV, XVI, f. 626.

²³ Ad. L. 31, XV, XVI, f. 627. Según López Palacios, Jason quiere probar lo contrario, apoyándose en el Código, y en la autoridad de Bártolo propósito de las donaciones entre cónyuges, pero como éste se contradice en dos pasajes, dice López de Palacios que aquél no prueba la mayor «*unde verior videtur opinio Angeli pro quem facit L. Cum praetor, vers. Item erit quibus id more concessum est D. De iudicis*» (D.5.1.12, 1), ad. L. 31, XVIII, f. 627.

²⁴ ESPINO DE CÁCERES, D.: *Speculum testamentorum*, Frankfurt Schörrerretteri, 1600. Trata «*la Glosa Quinta principalis de commissario nominato ad faciendum testamentum*» (ff. 317-344). En el Handbuch de COING, es citado Espino como comentarista de las Leyes de Toro.

*est permissa commissio testandi pro alio»*²⁵ y que los poderes del comisario se extiendan hasta donde se extendían las facultades y los derechos de comitente: «*Omnia illa commissarius potest, quae de iure committens poterat*» (núm. 47, summaria).

Barry, que realiza una completa sistematización de la doctrina del Derecho común sobre la comisión para testar, cita al jurista castellano que no es muy conocido entre nosotros. También cita con mucha frecuencia a Gómez y Covarrubias²⁶.

D) VÁZQUEZ DE MENCHACA

Este jurista vallisoletano reúne una sólida formación jurídica (catedrático de Leyes en la Universidad de su ciudad natal) y una probada experiencia de gobierno como miembro del Consejo Real y seguramente del de Hacienda²⁷.

Vázquez de Menchaca mantiene que el Derecho natural prevalece sobre el Derecho común.

Una aplicación particular de la convicción de Vázquez de Menchaca acerca del valor superior del Derecho natural sobre el Derecho civil, se produce en la institución que venimos estudiando del testamento por comisario: cuestión que aparece envuelta, como en el caso de la mayoría de los juristas de la época, dentro de aquella otra acerca de la validez de las disposiciones captatorias.

Se pregunta Vázquez de Menchaca si la *captatoria voluntas ultima* es válida por costumbre o por ley (*statuto*). Califica de ardua la cuestión, pero no por

²⁵ ESPINO defiende que el canon *cum tibi* no se ha de interpretar solamente referido a las causas pías: «*Quare existimo dicendum quod in causa illius texti non est speciale favore causae piae, sed generaliter in omnibus casibus ille textus procedat, quod valeat huiusmodi commissio facta a defuncto: nam ibi fideicommissarius non propriam voluntatem in testamento constituit, sed voluntatem defuncti declarat, qui voluit... quam miror universos Doctores non considerasse ex quo manifeste apparet quod quemadmodum quis potest testamentum condere ex bonis suis, sic potest eius ordinationem alteri committere et testamentum commissari habebit eundem effectum, quod haberet si conditum esset ab, ipso testatore si de bonis suis disponeret*». Alega a continuación Espino la Ley 31 de Toro (Gl. 5, núm. 25, f. 327).

²⁶ «*Quod dixi neminem posse committere alteri ut testamentum pro se faciat fallit in Hispania, ubi Regia constitutione permittitur, ut dicit Didacus Spinus*» BARRY: *De Successionibus testati ac intestati. Opus digestum in duos tomos*, Lugduni, 1667. Lib. II, tomo V, f. 136.

²⁷ Dice TOMÁS Y VALIENTE: que «*acaso lo más interesante de Vázquez de Menchaca es su método de razonamiento, su talante de jurista a mitad de camino entre los humanistas, buenos concededores de las fuentes literarias, filosóficas e históricas, y la tradición del «mos italicus», a cuya metodología se mantiene fiel*». *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid, Tecno, 3.^a ed. (p. 314).

Además de estos aspectos, Francisco Carpintero destaca también en este jurista su frecuente invocación del Derecho natural como fuente de razonamientos jurídicos y como recurso para fundamentar en el mismo la solución a problemas jurídicos concretos. CARPINTERO, F.: «*Mos italicus, mos gallicus y el humanismo jurídico; una contribución a la historia de la metodología jurídica*». *Ius Commune*, 6 (1997), p. 108-171.

ello deja de dar su opinión invocando la autoridad de Socino. La prohibición de la *captatoria voluntas* por el derecho romano es de derecho positivo y puede levantarse por otro derecho positivo. Después razona fundándose en Socino: «*unde in caso nostro, cum impune possem ego mihi facere testamento revocato mandato, non multum periculi est, si mandatum valeat*»²⁸. En este último caso, no he renunciado a mi plena libertad de testar, bajo ninguna pena, por lo que no puede entenderse que el mandato para testar sea *contra bonos mores*.

Nos advierte Vázquez de Menchaca que, en último término, la verdad de esta opinión depende de cómo interpretemos las leyes captatorias ya que, si la voluntad captatoria es condenada porque va *contra bonos mores*, no valdrá la ley (*statutum*) que las recoge; si es por otra razón, sí.

Aquí voluntad captatoria no quiere decir que contenga «*captionem, dolum, aut mendatium, fraudem aut machinationem aut votum captandae voluntatis certum et indubitatum*»; y, como estas intenciones dependen del ánimo del captante exclusivamente, únicamente Dios puede conocer las más recónditas intenciones y no el hombre; ni siquiera las sabe la ley que, en todo caso, establece que tal acuerdo o disposición sólo lleva aparejada la ocasión de captar, engañar y producir daño y perjuicio a otro. Estas presunciones siniestras y sospechosas fueron introducidas por el Derecho romano contra el Derecho natural, «*quod istae largitiones, quae procedunt ab ultimis voluntatibus honestius est, ut dentur quam ut petantur...*»; por tanto, por otro derecho estas presunciones siniestras y sospechas pueden suprimirse.

Para reforzar su argumentación sobre la más libérrima capacidad de testar de toda persona, Vázquez de Menchaca resuelve la objeción de la posibilidad de que la ley disminuya la libertad de testar de la mujer, con la exigencia del consentimiento del marido o de dos consanguíneos; y esto no sería inicuo porque no se suprime la libertad de testar, sino que se añade cierto requisito. Además la ley (*statutum*) no puede contrariar directamente *legi superiori*, pero puede hacerlo de forma indirecta. Así, en el caso propuesto de la mujer, no puede hablarse de voluntad captatoria que tiene lugar cuando la disposición última dependa de una sola voluntad, y aquí depende de la voluntad del testador y de un tercero.

Se cuestiona si puede disponerse por estatuto contra la ley *stipulatio* (D. 2,8,7,1) y responde: «*puto quod possit statuto Hispanorum, non Italiano-*». Más adelante añade que la ley *stipulatio* se apoya en la razón civil no en la ley natural y, por tanto, la ley civil puede cambiarse, salvo que estuviese respaldada por la razón natural, y así ¿quién duda que es una ley civil el que pueda testarse a los 14 años, y que de un día para otro permite la ley testar a quien tiene el mismo juicio que el día anterior?

Para Vázquez de Menchaca «*ista libertas testandi, non naturali sed civili ratione, nititur et consequenter civili lege potest inmutari, siquidem sit lex His-*

²⁸ No iremos señalando las citas una por una, por estar concentradas en los núms. 15 a 25, ff. 77-78 del Lib. 2, cap. XIII. *De successione...*, donde pueden fácilmente consultarse.

panorum, qui non recognoscunt superiorem, at secus si esset lex Italianorum». Porque, cuando la ley superior (*ius commune*) reprueba algo porque determinó que se opone a los *bonos mores*, en tal caso el *statutum inferior* no puede ir en contra del *ius commune*; en caso contrario, sí.

Sigue argumentando Vázquez de Menchaca que la *captatoria voluntas* es válida, si así lo establece la ley y califica de común su posición. En primer lugar su prohibición fue establecida por ley de derecho positivo y, por tanto, otra ley de derecho positivo puede arbitrar una solución contraria. En segundo lugar, porque aunque la *voluntas captatoria* se muestre contraria a los *bonos mores*, éstos son de carácter civil y, en consecuencia, sería ridículo que los *bonos mores civiles* obligasen en las restantes naciones de la misma forma. Finalmente, porque la voluntad captatoria ha sido admitida por el Derecho canónico, como admiten el Abad Panormitano y otros, al comentar el canon *cum tibi* y que Ripia califica esta interpretación de común. Concluye Vázquez de Menchaca que él mantiene igualmente esta opinión sobre la voluntad captatoria en una triple acepción: Hay una captación *mental y real* («*Te haeredem instituto ex tanta parte quantam tu postea mihi in testamento tuo dederis*»); otra, sólo *mental* («*instituto haeredem quem tu nominaveris*»); en esta segunda clase incluye también los pactos de *non succedendo*. Finalmente hay una captación que no sólo resulta mental, sino también real que, convenida y pactada con palabras, se cubre tras la interposición de una tercera persona («*ex qua parte Titium haeredem feceris, ex eadem parte te haeredem facio*»).

Admite la validez de todas estas formas de testar y critica a Covarrubias y a quienes le siguen porque sólo ven aceptable el segundo supuesto y consideran que el primero y tercero son intolerables y, por tanto, no pueden ser admitidos ni dispensados por ley, ni costumbre, ni por el derecho canónico.

Por tanto, esa forma de voluntad captatoria, por la cual se concede a otro la facultad de testar, es admitida tanto por el derecho canónico como por el derecho real, es decir, las Leyes de Toro, y lo mismo ocurre con otras especies de voluntad captatoria, como son las instituciones de heredero bajo la condición de una reciprocidad.

Son válidas y vigentes la costumbre y la ley, por muy irracionales y duras que sean, si no se oponen en modo alguno a la fe, al derecho natural, ni divino; no inducen a pecado, ni se muestran *contra bonos mores*.

¿Qué conclusiones podemos extraer de la exposición de las ideas que hemos hecho de Vázquez de Menchaca?

1.º Observamos en su doctrina una apelación constante al derecho natural, además del derecho divino (o Revelación).

2.º No identifica el derecho natural con el derecho romano ni con el *ius commune*. Ya no se supone que el Derecho romano encarne necesariamente la *ratio scripta*, y no constituye una autoridad indiscutida e indiscutible cuya solución sea necesario seguir, salvo cuando sus preceptos incorporen algún principio de derecho natural. El Derecho Romano ya no debe ser objeto de una aceptación per se, sino que ofrece soluciones y fórmulas cuya bondad y justicia

han de ser contrastadas y verificadas. Los textos justinianos no son aceptados o acatados por Vázquez de Menchaca de una forma reverencial, como hacían los glosadores y los comentaristas.

3.º Vázquez de Menchaca equipara de *facto* y de *iure* el rango y el valor de la ley propia de cada comunidad o monarquía (*Iura propria*) con la ley «universal» romana (*Ius commune*): tanto valor tiene una ley como la otra.

No acepta que el derecho romano, ahora llamado civil, como ley del Imperio, tenga vigencia, por principio y de forma general, entre los españoles que no admiten el argumento histórico de formar parte del Imperio. Defiende la idea de la *exemptio Imperii*, que propugna la desvinculación de los reinos españoles del Imperio. La autoridad de los reyes de los reinos españoles es originaria. Han conquistado sus reinos, arrebatándolos a los musulmanes y no deriva su autoridad del Imperio. No están sometidos, por tanto, al Imperio ni a su derecho.

4.º Con todo, Vázquez de Menchaca es hijo de su época y no deja de reconocer cierta validez intemporal a los textos justinianos. Paradójicamente son éstos los que le proporcionan la base legal y los argumentos para apoyar precisamente el principio de que cualquier ley del *ius civile* o *commune* puede ser derogada por cualquier otra norma civil de una comunidad política «nacional».

5.º Descendiendo a la tesis concreta de Vázquez de Menchaca sobre la legalidad de la comisión para testar y de la validez de las disposiciones captatorias, no deja de sorprender la valentía y originalidad con que defiende una postura que es minoritaria, entre los comentaristas de la época. Incluso, con la cita de algunos de ellos, principalmente Socino y Ripia, nos quiere convencer de que la validez de las disposiciones captatorias y del testamento por comisario constituye la *communis opinio* sobre la cuestión.

III. CUÁNDO Y QUIÉNES PUEDEN SER COMITENTE-TESTADOR Y COMISARIO

A) INTRODUCCIÓN

Iniciamos ahora el estudio del testamento por comisario tanto en las Leyes de Toro y en sus comentaristas, así como en la práctica de la sociedad castellana de la Edad Moderna, tal como nos la reflejan los formularios castellanos y algunos protocolos que hemos consultado.

Iremos analizando sucesivamente en qué supuestos procede o cabe esta forma especial de testar; quiénes pueden ser comitentes y comisarios. Abriremos un apartado sobre la cuestión de la naturaleza jurídica del comisario testamentario. Pasaremos en el apartado siguiente a analizar la cuestión crucial del poder del comisario, tanto general como especial, una de las más debatidas entre los comentaristas de estas Leyes cuando las quieren concordar con la doctrina del Derecho Común.

El testamento por comisario regulado en las Leyes de Toro se mantuvo vigente hasta finales del s. XIX con la entrada en vigor del Código Civil. Las Leyes de Toro se incorporaron íntegras en la Nueva (5, 4) y Novísima Recopilación (10, 18).

B) SUPUESTOS EN QUE PUEDE TESTARSE POR COMISARIO

«Porque muchas veces acaece que algunos, porque no quieren o porque no pueden hacer sus testamentos, dan poder a otros que los fagan por ellos», dice el primer inciso de la Ley 31 de Toro. En principio, la ley concede a todos la más amplia libertad de otorgar poder a otra persona para testar, pero conviene detenerse en este punto²⁹.

A pesar de la amplia libertad que concede la Ley, los autores de formularios han tratado de justificar siempre el acto de apoderamiento en la existencia de alguna imposibilidad o dificultad del testador-comitente, que formalmente ha de constar en el instrumento de poder, desconfiando de que la comisión se deba sólo a la voluntad libérrima del comitente³⁰.

²⁹ Para BENITO GUTIÉRREZ: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo III, Madrid, 1868. «Nadie ha entendido de qué impotencia habla la ley, aunque no puede tratarse de ninguna incapacidad en ningún grado. Nadie da lo que no tiene» (p. 209). Salvo en Llamas, no hemos encontrado en los comentaristas de las Leyes exégesis alguna sobre este primer punto de la Ley 31. Llamas advierte que los comentaristas no se detienen en determinar a qué supuestos de imposibilidad se refiere la ley, por lo que se hace imprescindible detenerse en este punto. No puede tratarse de la impotencia de «enagenación de potencias, como acontece en el furioso, mentecato y fatuo. Sería un absurdo y una contradicción que, a quienes las leyes civiles y reales niegan la capacidad legal de testar, tuviesen la discreción y prudencia para dar poder a otro». Tampoco se trata de la «impotencia legal» (menores de catorce años, siervos, cautivos, monjes profesos, pródigos...). Sería un fraude de ley: lo que uno no puede hacer por sí tampoco puede ejecutarlo por medio de otro. Para Llamas se trata de la impotencia «originada de las congojas y angustias de la enfermedad que no deja al doliente la tranquilidad y sosiego natural para dictar su testamento... o a causa de la cortedad del tiempo, por ser ejecutiva la enfermedad o por estar sentenciado a muerte el que había de testar; en suma, la impotencia de que habla la ley no se ha de entender absoluta, sino respectiva, que le impide se ejecute el acto sin mucho trabajo e incomodidad» (p. 290).

³⁰ Desde el primer formulario castellano que conocemos en que se contiene un poder para testar (finales del s. XIV) ya se justifica la comisión testatoria a otro, a causa de la imposibilidad física «como quiez que esto ferido de una landre, so afincado de muy grandes dolores en tal manera que por mi mesmo non podría trabajar para faser e ordenar mi testamento e mi ánima, según devía...».

ARGÜELLO, A. de: *Tratado de escrituras y contratos públicos con anotaciones*, Madrid, 1651, «que por estar afligido con su enfermedad, entiende que no tendrá tiempo para hacer su testamento y disponer sus cosas como conviene (p. 56).

PALOMARES: *Estilo Nuevo de escrituras públicas...*, Sevilla, 1645, «que la gravedad de mi enfermedad no me dará lugar para poder facer e ordenar mi testamento...» (p. 81 v).

DE LA RIPIA, Juan de: *Práctica de instrumentos y modos de suceder*, Madrid, 1729, «No es de esencia que los que dan poder para testar estén indispuestos de suerte que no pueden hacer su testamento; pues por enfermedad y por no quererlo hacer lo pueden cometer a otro y, no obstante, es de buen estilo el decir que, por no hallarse en disposición, lo comete» (149).

C) EL TESTADOR-COMITENTE

De lo que hemos expuesto anteriormente se deduce, y así lo entienden todos los comentaristas y prácticos, que la capacidad que se exige para testar es la misma que se ha de disfrutar para cometer a otro el poder. Los comentaristas de las Leyes de Toro no se detienen a comentar este punto, que deben de considerarlo evidente.

La Ley 4 de Toro autoriza al condenado por delito a muerte civil o natural, a hacer testamento y otras disposiciones de última voluntad «o dar poder a otro que lo haga por él, como si no fuera condenado: el qual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delito fueren confiscados o se oviren de confiscar, y aplicar a nuestra cámara o a otra persona alguna».

D) IDENTIFICACIÓN DE LOS PROTAGONISTAS EN LA PRÁCTICA

Hacemos ahora una consideración sobre el testamento por comisario en la práctica. En este apartado nos ocuparemos de quiénes y con qué frecuencia utilizaban esta forma de testar en Castilla y de la relación de parentesco o de amistad que mediaba entre el comitente y el comisario. Otros aspectos prácti-

FORMULARIO NOTARIAL, anónimo, Colegio de notarios de Barcelona (por el tipo de letra, hacia 1800), «estando enfermo en la cama de la enfermedad que Dios n.s. se ha servido de me dar» (f. 11).

FELIPE SÁNCHEZ: *Nuevo Formulario de instrumentos públicos*, Toledo, 1854. «que por justos motivos que al presente nos asisten nos impiden la otorgación de nuestro testamento y última voluntad» (p. 304).

FEBRERO, José: *Librería de escribanos, abogados y jueces*, Madrid, 1829, 7.ª ed. tomo I, dice: «graves ocupaciones u otros motivos» (194).

GONZALO DE LAS CASAS, José: *Elementos teórico-prácticos sobre el otorgamiento de instrumentos públicos con formularios*, Madrid, 1862: «delicado estado de salud» (533).

ZARZOSO y VENTURA, Ezequiel: *Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos*, Valencia, 1874, 2.ª ed.: «sus muchas ocupaciones» (232).

Véase la nota 825 de la p. 233 de la obra de NÚÑEZ IGLESIAS, donde cita un trabajo de Gómez Navarro que se ocupa de este punto. Como vemos, cualquier alegación bastaba y todo había quedado en fórmula de buen estilo, como reconocía De la Ripia. En la práctica se suele hacer constar una enfermedad grave: «por cuanto estoy enferma de las carnes... e porque mi enfermedad es grave». Poder de Leonor de Iniesta a su hermano, 5 de julio de 1516. El día 13 otorgaba testamento (Archivo Histórico Provincial de Cuenca, en adelante AHP. C 5/2). En Cuenca, el poderdante a su padre y a su tío. Instituye en el poder a su padre como heredero en todos los bienes (AHP. C. 3-1). Así encontramos una fórmula de poder para testar de esta forma «nos conferimos el uno al otro poder suficiente para que el que sobreviva haga el testamento del que primero falleciere» (FELIPE SÁNCHEZ, p. 304).

Igualmente de los 15 ejemplos de poder recogidos por Ángela González-Palencia y referentes a los protocolos de Madrid, entre los ss. XVII y XVIII principalmente, 6 corresponden al apoderamiento recíproco entre los consortes. GONZÁLEZ-PALENCIA, Ángela: *Colección de documentos sobre Madrid* (Biblioteca de estudios madrileños), Madrid, CSIC: 1953.

Si es recíproco, dice FEBRERO, «sólo sirve para el que fallece primero, de modo que el sobreviviente tiene que hacer nueva disposición si no quiere morir intestado».

cos serán considerados en los lugares correspondientes, ya que queremos estudiar conjuntamente los aspectos legales y la práctica jurídica seguida en cada apartado o cuestión.

La minuciosa regulación del testamento por comisario en las Leyes de Toro nos obliga a pensar también en la vigencia y arraigo de la institución en la Baja Edad Media y Moderna. Las Leyes de Toro dicen que quieren desterrar los abusos que cometen frecuentemente los comisarios al otorgar testamento en nombre del comitente. Nosotros creemos que no se producían abusos frecuentes, como en esta investigación demostramos.

Es difícil saber con qué frecuencia acudían los castellanos a esta forma de testar, hasta que no se haya estudiado más detenidamente el testamento y la sucesión en la Baja Edad Media y Moderna. Tal como aparece la institución en algunos estudios, como el del profesor Arvizu ya citado, no parece que la institución fuese muy frecuente en la Alta Edad Media; al menos este autor no ha encontrado abundantes ejemplos en las numerosas fuentes documentales que ha consultado, porque los cartularios de Monasterios no son quizá el lugar más adecuado para encontrar este tipo de documentación.

No contamos con muchos protocolos notariales antes de los primeros años del s. XVI, porque no era obligatorio para los notarios guardarlos, hasta la promulgación de la Pragmática de los Reyes Católicos de 7 de junio de 1503 (NR, 4, 25, 13 y Nov. R, 10, 23, 1).

Si nos fijamos en los protocolos de los archivos históricos provinciales, o de los archivos específicos de protocolos, allá donde existan, veremos que suelen comenzar por lo general a partir de 1503 ó 1504, poco antes de la promulgación de Las Leyes de Toro. Por lo que no es fácil conocer la práctica en muchos casos durante la BEM.

El número de protocolos conservados desde el s. XVI en los archivos se puede contar por millares o quizás decenas de miles y la consulta sobre cualquier cuestión, en este caso sobre el poder y el testamento por comisario, es imposible realizarse por un solo investigador. Ni siquiera puede aspirarse de forma individual a un muestreo, tan sólo alguna «cata» puede hacerse en este inmenso campo de los protocolos notariales, donde han quedado sepultadas, o mejor, fijadas las preocupaciones, la mentalidad y los momentos más importantes de la vida de los españoles.

Muchos de estos archivos, en el caso de los mejores inventariados sólo, nos indicarán, respecto a los protocolos, el notario, el lugar de su ejercicio y los años que comprenden tales protocolos³¹.

³¹ Constituye una excepción el archivo de protocolos de Madrid, que ha sido más frecuentado por investigadores. Ha interesado este archivo, porque en sus protocolos se encuentran datos interesantes de importantes literatos, artistas, personajes, políticos, etc... Matilla Tascón ha realizado un índice de unos nueve mil instrumentos del Archivo Histórico de protocolos de Madrid, de los que la mayoría son testamentos, unos seis mil. De estos ciento noventa aproximadamente son poderes para testar: lo que equivale a poco más del 3 por 100. MATILLA TASCÓN, Antonio: *Índice de testamentos y documentos afines*. Madrid, Ministerio de Cultura, 1980. Ilustres personajes dieron poder para testar. Calderón de la Barca, al presbítero D. Juan Mateo Sono, en Madrid, a 20

En un estudio sobre la muerte y la sociedad en la época de los Austrias contamos con la siguiente información: «Los testamentos por poder en los protocolos toledanos pueden fijarse en torno al 11 por 100... si bien la apreciable subida en la segunda mitad del s. xvii: 16,27 por 100 entre 1651-1675; y 38,73 por 100 entre 1676-1700 parece obedecer a otras razones (a parte de la imposibilidad de hacerlo), como un mayor desinterés o una mayor confianza en su círculo familiar»³².

Por mi parte he consultado el protocolo de algunos notarios de la ciudad de Cuenca entre principios del s. xvi y el s. xix, y el apoderamiento suele otorgarse entre los esposos, entre padres e hijos, entre clérigos (canónigos, etc.) y de seglares a sus confesores³³.

E) LA FIGURA DEL COMISARIO

1. Capacidad general para ser comisario

Como principio general podemos afirmar con López de Palacios Rubios que puede encargarse la «testamenti factio» a aquellos que tienen capacidad legal para testar por sí mismos, «quoniam qui potest pro se testari, poterit pro alio»³⁴.

Sentado este principio general, los comentaristas pasan enseguida a determinar si cierto tipo de personas pueden ser comisario, aunque no es esta la

de julio de 1678, ante el notario Juan de Burgos. No obstante, nuestro ilustre dramaturgo hizo testamento cerrado el 20 de mayo de 1681.

Igualmente dio poder para testar D. Juan de Austria, hijo de Felipe IV en Madrid, el día 7 de septiembre de 1679. Apodera, estando enfermo, al presidente del Consejo de Castilla, al arzobispo de Toledo, y al confesor de su Majestad. Instituye por su heredero al propio rey. DE AMEZÚA y MAYO, A. G.: *La vida privada española en el protocolo notarial*. Madrid, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 1950, pp. 402 ss.

³² MARTÍNEZ GIL, F.: *Muerte y Sociedad en la España de los Austrias*. Tesis doctoral. Tomo II. Universidad Complutense de Madrid, 1991, p. 1071. Ed. Siglo XXI, 1993.

³³ Ángela GONZÁLEZ-PALENCIA SIMÓN: en *Noticias y documentos para la historia madrileña*, recoge la reseña de gran cantidad de documentos muchos de los cuales son testamentos por comisario y poderes para testar. Corresponden a la segunda mitad del s. xviii. Se aprecia la frecuencia de esta forma de testamento y de los poderes para testar. De los quince poderes recogidos, seis se refieren al apoderamiento recíproco entre los consortes; dos son apoderamientos de la mujer a su esposo; uno del marido a la mujer; dos, al hermano; uno, al hermano e hijo; uno, al hermano más otra persona. Hay un caso en que se apodera a los hijos y a los yernos.

Respecto de los testamentos ocurre lo mismo. De cincuenta y ocho casos, la mayoría son testamentos que otorga la esposa por poder del marido o viceversa. Veintiuno, son los otorgados por la esposa o viuda. Diez, por el esposo; tres, recíprocos; el resto se lo reparten otros familiares (hijos, hermanos, sobrinos). No son despreciables los supuestos, dieciséis, en que el testamento ha sido otorgado por una persona que no es familiar. Puede tratarse del médico, el confesor, los testamentarios, y otras personas que hemos de suponer amigos fieles del poderdante.

³⁴ Ad. L. 31, XXXIII, f. 627. Se puede dar el poder a quien «no está defendido hazer testamento» (PALOMARES). Para FEBRERO: «el testador puede dar facultad al varón o hembra que no esté privado de ser personero o apoderado» (p. 166). La misma capacidad exigen DE LAS CASAS (p. 1037) y ZARZOSO: (p. 230). Según DE LA RIPIA puede nombrarse comisario a quien se instituye heredero (p. 150).

cuestión en que más se detienen los comentaristas de las Leyes de Toro, salvo el caso de la capacidad de la mujer³⁵.

Nosotros no vamos a tratar de los supuestos que resultaban puramente teóricos o académicos por la marginalidad o la desgracia de quienes en ellos se encontraban, sino sólo de los que en la vida práctica fueron de producción frecuente y son de los que los comentaristas de las Leyes de Toro se cuidan especialmente: la mujer (frecuentemente la esposa) y los clérigos (regular o secular), confesores y consejeros espirituales. No nos ocuparemos del menor.

2. La mujer

La cuestión fue planteada y resuelta por López de Palacios Rubios, al que suelen seguir los otros comentaristas de las Leyes de Toro. Después de afirmar que hay muchas cosas que no podemos hacer en nombre propio, pero sí ajeno, señala el ejemplo de la mujer que a veces no puede contratar en nombre propio y sí hacerlo por y en a favor de otro. A continuación alega que, según el *ius civile*, no puede ser *procuratrix* para pleitos, aunque sí para los negocios; que tampoco puede ser *tutrix* y, como la tutela se equipara a la comisión, y no puede sustituir al hijo, habría que concluir que tampoco testar por otro. Pero, como la madre puede hacer testamento por el hijo furioso e igualmente tiene capacidad para ser ejecutora testamentaria y como *executor et commissarius aequiparantur*, nuestra ley admite también a las mujeres como comisarias para testar, acaba concluyendo en este punto López de Palacios Rubios³⁶.

López de Palacios Rubios se preocupa extensa y casi obsesivamente de los supuestos en que la mujer puede perder la comisión testamentaria por cuestiones de moralidad sexual. No la pierde por pasar a segundas nupcias, solución

³⁵ NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.* (146 ss.) ha tratado pormenorizadamente la cuestión de quiénes pueden ser y quiénes no ser ejecutores testamentarios. En general, la doctrina ha equiparado a efectos de capacidad la institución del testamento por comisario y la ejecución testamentaria como hace MATIENZO, *Ad Rec.* 5, 4, 5 gl. 8, núm. 5, f. 118. NÚÑEZ ha sucumbido a la abundante doctrina que trata de la capacidad para ser executor testamentario y se detiene en esta cuestión, pero debía haberse cuestionado específicamente la capacidad para ser comisario, porque deben de existir diferencias según la particular naturaleza jurídica de ambas instituciones. Cabía plantearse la cuestión de si podía ser comisario el esclavo (vocablo que preferimos a siervo para la Edad Media y Moderna). Ya estuvo dividida la doctrina sobre su capacidad respecto a ser executor testamentario (NÚÑEZ 153-154), por lo que resultaba más problemática su capacidad para ser comisario que requería la misma que para testar en nombre propio. La doctrina canónica desde el Papa Gelasio se había manifestado contraria a la capacidad del esclavo («servus facere testamentum non potest») y recogida en el Decreto de Graciano (13, 2, 5). Posteriormente, el mismo Derecho canónico fue mitigando esa incapacidad.

Pueden plantearse otros supuestos de cuestionada capacidad para ser comisario, como son el del excomulgado, el desterrado, el bastardo, el loco. Son supuestos más doctrinales que presentes en la vida real. NÚÑEZ las estudia referidas al executor testamentario, y a él remitimos para lo que puedan afectar al comisario (pp. 150 ss.).

³⁶ L. 31, XXXIII, f. 627. Pasa después a la cuestión de la capacidad para ser comisaria sin licencia de su marido y la resuelve diciendo «no solum testamentum proprium licet uxori facere sine licentia mariti, sed etiam testamentum alienum vel contractum alieno nomine» (f. 629, XLV).

admitida también por la doctrina para la ejecución testamentaria después de algunos titubeos³⁷.

En el caso de la mujer *quae luxuriatur*, según López de Palacios Rubios «perdat comissionem testandi a viro sibi data, sicut perdit legatum a viro relictum (C).

Así lo establecen respecto al legado las Partidas (4, 12, 3) y el Fuero Real (3, 12, 9). Tal comportamiento vituperable se entiende que ha sido seguido antes de transcurrir un año desde la defunción del cónyuge³⁸.

Espino de Cáceres se opone rotundamente a que subsista la comisión en manos de la esposa, si pasa a segundas nupcias, ya que se trata de un caso concreto de revocación tácita por enemistad³⁹.

3. Los clérigos

Dentro de los mismos conviene distinguir entre el clero secular y el clero regular: Sobre el primero recaían muchas prohibiciones canónicas para participar en distintos negocios jurídicos. La restricción de su capacidad jurídica se fundamentaba en San Pablo: «nemo militans Deo implicat se negotiis secularibus (Segunda Carta a Timoteo, 2, 4). No podía intervenir en negocios jurídicos, sobre todo cuando implicasen rendición de cuentas, ni ser servidor de laicos, ni tutor fuera del círculo parental. Respecto a la ejecución testamentaria, la doctrina de la Glosa y el Comentario no formuló una prohibición absoluta. La postura más estricta la defendieron Guillermo Durante y Iacobus a Canibus que admitían su capacidad del clero regular para la comisión testamentaria si se trataba de un testamento *ad pias causas*⁴⁰.

³⁷ (NÚÑEZ, 147). CIFUENTES admite, después de aplicar el criterio analógico y siguiendo a López de Palacios Rubios, que la mujer puede ser comisaria. Si la mujer pasa a segundas nupcias y respecto a si mantiene la comisión, después de alegar la doctrina a favor y en contra, le encarga al lector que medite la cuestión: «ergo cogita». Ad. L. 31, núm. 4.

³⁸ «Intellige praedicta, quando mulier luxuriatur infra annum, alias secus... Aliqui putant quod talis mulier perdit commodum quod ex commissione percipere potest, non tamen ipsam comissionem, ne ipse decederet intestatus» Ad. L. 31, XL, f. 629. Así lo prevén las Ordenanzas de Castilla lib. 5, Tit. De las ganancias, ley final. López de Palacios Rubios considera hasta el lamentable supuesto de una mujer forzada: «Adde quod mulier quae per vim fuit cognita, non perdit lucrum nec comissionem (siguiendo a Bartolomé Brixensis, Baldo...) Ad. L. 31, XLI, f. 629.

³⁹ «Si talis commissarius, mediante illo tempore quod habet ad testamenti factionem, mutavit eius mores in deterius faciendo se inimicum seu ribaldum ipsius committentis, eo ipso videtur tacite revocata commissio... Ex quo inferitur, ad unum singulare in praxi, quod si maritus in art. mortis commissit uxori suae testamenti factionem et ipsa post eius mortem transit ad secunda vota eo ipso videtur mandatum revocatum et non potest ulterius testamentum facere, nam uxor per talem contractum mutat mores prioris mariti et afficitur quodammodo injuria maritus prior, propter transitum ad secundas nuptias...» *Speculum*... Glos. 5, núms. 37 y 38, f. 331. Citar al resto de comentaristas equivale a repetir los argumentos de López de Palacios Rubios a quien siguen, Gómez, Cifuentes, Tello. Este último dice que aquí no se ha de hacer distinción entre hombre y mujer, siguiendo a Bartolo y como éste no discrimina en el caso de la ejecución testamentaria, lo mismo se ha de entender de la comisión para testar, según López de Palacios Rubios y Cifuentes Ad l. 31 f. 231.

⁴⁰ Así MATIENZO dice: «Possunt etiam esse executores testamenti et, per consequens, commissarii, religiosi observantes, claustrales, et canonici regulares cum licentia tamen superioris» Ad Rec... 5, 4, 5, gl. 8, núm. 6, f. 118.

Clero regular: ya hemos visto que según Matienzo, se exigía la licencia del superior para poder ser nombrado comisario.

4. Delegación del comisario en un tercero

Los comentaristas suelen negar la posibilidad de delegación del poder apoyándose en distintas razones. En principio Antonio Gómez mantiene que «videtur procurator ad negotia, potest alium suo loco substituere», de acuerdo con el Codex y la glosa ordinaria y los comentarios de los doctores, pero «procedit et habet locum in procuratore generali ad negotia propter ampliam facultatem quam habet ad non constituyente, secus vero in procuratore particulari alicuius actus vel negotii...»⁴¹.

Juan del Castillo Sotomayor niega también la posibilidad de que pueda delegarse en otro la comisión recibida del testador para el elegir a un hijo para el mayorazgo o para la mejora y resuelve también la cuestión negativamente «an si facultas concessa a testatore commissario, vel alteri, ad eligendum filium ad majoratum, vel meliorationem possit alteri committi, vel in haerodem transeat; concludit multisque comprobatur facultatem eam non posse alteri committi. nec in haerodem transeat»⁴².

TELLO FERNÁNDEZ: después de afirmar que pueden ser comisarios todos aquellos «qui a iure non sunt prohibiti...» menciona a los «religiosi observantes, claustrales et canonici observantes...» Ad L. 31, f. 231.

Ver también NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*, pp. 149 y 150. En la práctica los clérigos eran frecuentemente nombrados comisarios. En Cuenca, Catalina Rodríguez de Illescas, viuda, nombra comisario al clérigo Rodrigo de la Parrilla, para que ordene su testamento y las mandas, con poder para vender bienes para el bien de su ánima y deja por herederas a sus hijas Catalina y Elvira (23 de julio de 1516). El clérigo otorgará testamento el 1 de noviembre de 1516. AHP. C. 5/2.

Simón de Hoyos establece como comisarios a Quiteria de Cañete, su mujer, su hermano Juan, y al clérigo D. Álvaro de Cañete, en Cuenca el 10 de agosto de 1505. AHP. Cuenca, C-2, f. 308.

⁴¹ Ad. L. 31, gl. 6, f. 109 MATIENZO se pregunta si el comisario puede hacerse sustituir sin mandato del testador: la argumentación y base legal y jurisprudencial que nos da es la misma que la de Antonio Gómez. Entiende que no puede: «quia non est constitutus, nisi ad negotium particulare, quia in specie non habet locum...» «... et quia est electa industria personae ipsius commissarii de quo maxime testador confidit» Ad Rec. 5, 4, 5, gl. 8, núm. 2, 117 v. Continúa preguntándose si podrá hacerlo en virtud del mandato expreso del testador, y responde que no podrá hacerlo si le concedió la potestad genéricamente, salvo el caso de que se trate de *incertus ex certis...*, «ut unum ex collegialibus sanctae crucis.» (117 v).

NÚÑEZ IGLESIAS (*ob. cit.* 155-157) se ha planteado esta cuestión con respecto al ejecutor testamentario, sobre la transmisibilidad «*mortis causa*». La mayoría de los canonistas se oponen a esta transmisión al heredero «quia ad hoc officium certa persona et eius industria, et amicitia fuit electa» (Durante).

⁴² Quotidianarum controversiarum iuris, Lib. V.: cap. 185, núm. 9, f. 609. La misma solución da PELÁEZ DE MIERES: *Tractatus maioratum et meliorationum Hispaniae*, Lyon, 1678, Lib. 5, cap. 183, núm. 9 y 13. CIFUENTES también se inclina por la imposibilidad de delegar, salvo que tenga el comisario especial potestad para ello Ad. L. 31, f. 239, núm. 5.

Tello niega también la posibilidad de subdelegar las facultades del comisario siguiendo la opinión de Bartolo⁴³.

Esta cuestión es diferente de la posibilidad de que el testador encargue a otra persona que le nombre un comisario para que teste por él y que veremos más adelante.

5. ¿Puede heredarse la comisión?

Otra cuestión tratada por los comentaristas se refiere a la posibilidad de que la comisión para testar pueda heredarse o pasar a los herederos del comisario. Es abordada con detenimiento por Juan del Castillo Sotomayor. Este comentarista ha recogido la opinión de muchos juristas que se clasifican entre quienes niegan que el heredero pueda recibir tal facultad del *de cuius*, que es la postura mayoritaria y los que la admiten siempre o en algunos casos⁴⁴.

6. La comisión otorgada a varios comisarios

La Ley 38 de Toro regula el supuesto en que el testador nombra a dos o más comisarios, y plantea dos casos: 1.º: «que alguno o algunos de ellos no quieran, no puedan usar tal poder, o mueran». La solución consiste en que el «poder quede por entero al otro u otros que quisieren o pudieran usar de dicho poder». 2.º: que los comisarios discordasen a la hora de testar, arbitrando la ley una solución a tal problema.

Vayamos al primer caso; Gómez comenta la necesidad de que han de actuar todos aquellos que puedan. Señala el ejemplo de lo que acontece con los jueces árbitros, que todos han de actuar y concluye que en el presente caso no se trata de un poder *in solidum* como lo es en el supuesto de tutores y curadores, que puede alguno, sin los demás, autorizar cualquier acto. Si hay discrepancias entre ellos prevalezca la mayoría⁴⁵.

Sobre la posibilidad de echar suertes en caso de discrepancia entre los comisarios, establece Matienzo: «Iudicium non habet locum, nisi in casibus a iure expressis et ubi est dubium in iure», porque como dice Gómez, «quod ab isto iudicio sortis, nunquam potest appellari, nec iterum fortiri; quia sors vel fortuna non habet superiorem in hoc mundo»⁴⁶.

⁴³ Ad. L. 31, f. 239. Los autores de formularios niegan la posibilidad de delegar en otra persona la comisión: FEBRERO (p. 166), DE LAS CASAS (p. 1038). No he encontrado ninguna escritura de delegación de la comisión.

⁴⁴ Dedicamos las glosas 8 a 10 del cap. 185 a exponer las abundantes opiniones sobre este problema. ACEVEDO estudia también la cuestión [L. 5, T.4, 6 (L. 32 Toro) gl. 11 y 12, ff. 119 y 120].

⁴⁵ Ad. L. 38, núm. 1-6, ff. 112v-113. Esta cuestión la trata ampliamente CASTILLO SOTOMAYOR, Juan: *Quotidianarum controversiarum iuris. Tomos Sextus*. Coloniae Allobrogum, 1726, cap. CXX, ff. 56-63.

⁴⁶ MATIENZO: Ad Rec. 4.º 4.º, 12 gl. 5, f. 125. GÓMEZ, Ad. L. 38, núm. 7, f. 123. Se maravilla TELLO de que varias personas pueden otorgar un mismo testamento, sin que se trate de testamento mancomunado: «Notatur primo ex hac lege, quod non solum uni tantum potest fieri commissio testandi, sed pluribus, et omnes conficiunt unum testamentum nomine defuncti: quod est mirabile: nam

IV) NATURALEZA JURÍDICA DEL APODERAMIENTO Y LOS PODERES DEL COMISARIO

A) INTRODUCCIÓN

Hemos llegado a la cuestión crucial que ha hecho correr tanta tinta, entre los doctores del Derecho común, tanto canónico como civil, porque precisamente el testamento por comisario se oponía al carácter personalísimo que el testamento había tenido en Roma. Parece que según el Fuero Real, y dada su redacción tan genérica, las facultades del comisario podían ser amplísimas, dependiendo únicamente de la voluntad del testador-comitente. En cambio, las Partidas no reconocen el testamento por comisario, concordando el Derecho castellano con el Derecho común, como ya hemos visto.

Las Leyes de Toro siguieron un criterio restrictivo al regular el testamento por comisario. La Ley 31 determina las facultades que no pueden otorgarse nunca al comisario, sin un poder especial del testador, ya «que de aquí en adelante el tal comisario no pueda por virtud del tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni del quinto, ni desheredar a ninguno de los hijos o descendientes del testador, ni les pueda sustituir ni vulgar, ni pupilar, ni ejemplarmente, ni hacerles substitución alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos o descendientes del testador; salvo si el que dio el poder para hacer testamento especialmente le dio poder para hacer alguna cosa de las susodichas: en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre a quién manda que el comisario faga heredero, y en cuanto a las otras cosas señalando para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que dio el poder señaló e mandó, y no más».

Según el artículo 31 de las Leyes de Toro y acomodándose al *ius civile* y a la regulación de las Partidas (6,3,11), el comisario sólo puede nombrar al heredero, si el que le dio el poder expresó el nombre del que había de ser instituido como tal. De esta forma las Leyes de Toro siguen la prohibición del derecho civil de que la institución de heredero se dejase al arbitrio o voluntad de otro.

Además, la discusión se centró esencialmente en si el comitente podía encomendar al comisario la sustancia de la disposición (desheredación, mejora, substitución...) o sólo la elección de una persona entre varias, o ni siquiera esto último.

licet plurium testamenta una charta fieri possunt (...): tamen quod plures conficiant unum testamentum, et quod omnes dicantur disposuisse, non tanquam consultores, sed tanquam disponentes: singulare est, nec alibi legi» ad. l. Tauri, 38, núm. 1.

Como dice CARPIO lo más frecuente fue el poder otorgado in solidum: «clausula quae hodie executoribus, et commissariis alternativa imponitur, ut alter, sine altero, voluntatem testatoris in solidum adimplere valeat» Lib. 1, cap. 9, núm. 30.

Las Leyes de Toro mantuvieron un criterio restrictivo por lo que las facultades del comisario serán fruto de una combinación entre lo permitido por la ley y lo querido y manifestado por el comitente en cada caso.

Examinaremos la doctrina de los principales comentaristas. No siempre será necesario citar a todos ellos, sobre todo cuando mantienen criterios concordantes. Después pasaremos a analizar la práctica: lo que realmente hacían los castellanos, temiendo la muerte. El derecho vivido será mostrado por los autores de formularios y algunos instrumentos públicos de poder y de testamento por comisario.

Antes dictaminaremos sobre la naturaleza del poder.

B) NATURALEZA JURÍDICA DEL PODER DEL COMISARIO EN LAS LEYES DE TORO

Conviene partir una vez más de la tesis de Núñez Iglesias, para quien el comisario para testar es un ejecutor universal con poderes extraordinarios. Bajo esta equiparación estudia este autor la naturaleza jurídica del ejecutor universal, a través de dos características: el ejecutor es un intermediario de la transmisión, es un *quasi-heres* y ejerce también un *officium publicum*. Así ocurre, para Núñez Iglesias, en la Baja Edad Media. Luego, en la Edad Moderna, el ejecutor y el comisario mutarán de naturaleza, según este autor: ya no son intermediarios de la transmisión, ni ejercen un oficio público, al no ser de aceptación obligatoria⁴⁷. Será necesario buscarle una nueva naturaleza jurídica en las figuras del mandato, apoderamiento, etc.

Nosotros oponemos serias objeciones a esta tesis, porque se ciernen todavía espesas sombras sobre muchas de estas cuestiones. Es posible que el comisario tenga su origen en el ejecutor universal, pero creo que no esté probada esta tesis. En unos casos y en determinado territorio, el ejecutor universal puede haber dado origen al comisario para testar, en otros no⁴⁸.

⁴⁷ En muchos apartados de su tesis mantiene Núñez Iglesias esta tesis de que el comisario para testar es un ejecutor universal con poderes extraordinarios (Ver especialmente pp. 120-123 y 263 ss.). Menos probada queda la evolución que sufre la institución de la BEM, a la Moderna. Parece apoyarse en que el papel que había desempeñado el ejecutor universal es ahora ejercido por el heredero. Pero cabe objetar que en la BEM con el renacimiento del derecho romano, ya había vuelto a ocupar el heredero un protagonismo en tal testamento.

⁴⁸ Las similitudes y diferencias entre el comisario y el ejecutor no habrán caminado siempre paralelas o equidistantes a lo largo de la historia. Dependerá de la naturaleza de los mismos en cada período histórico. En una época determinada puede haberse concebido la ejecución testamentaria como un oficio público y a su titular como *quasi-heres*, encargado de canalizar los bienes del testador a sus destinatarios, y el comisario haber sido considerado un apoderado del testador. Estaríamos en un momento histórico en que varias notas diferenciadoras nos persuadirían inequívocamente de la distinta naturaleza de ambas instituciones, puesto que consideramos que el comisario para testar nunca ha transmitido los bienes al heredero y probablemente tampoco ha ejercido un oficio público, sino un encargo de fines piadosos por su comitente.

La figura del comisario se perfila cuando renace el testamento propiamente dicho, mientras que el ejecutor testamentario cabe también en otras manifestaciones de actos *mortis causa*, ante-

Citemos un caso bien conocido. Sabemos por Bastier y más recientemente por Udina Abelló ya citados, que la ejecución testamentaria fue muy frecuentemente en Cataluña y, sin embargo, parece fuera de toda duda que el comisario para testar como tal no encontró acomodo en dicho territorio en la Baja Edad Media.

Pero, aún admitiendo que el origen histórico del comisario para testar se encuentre en la ejecución universal testamentaria, aquel se independizó dogmáticamente de ésta y si participaban de unos rasgos comunes, otros resultaron específicos de cada una de estas figuras; con lo que nunca se confundieron ambas instituciones.

Si admitimos que el comisario es un ejecutor universal con poderes extraordinarios, ¿cómo se explica el caso de una persona dé poder al comisario y nombre además un ejecutor o albacea? Si el comisario es un ejecutor universal con poderes universales, ¿por qué no absorbe todas las funciones que el testador le delegue, sin necesidad de nombrar además el de *cuius*, un ejecutor testamentario o albacea?⁴⁹

A la diferenciación clara de ambas instituciones, no se opone en nuestra opinión las siguientes concesiones: Primera, puede existir una zona común de facultades como ocurre cuando al ejecutor le corresponde la *dispositio* sobre los bienes para distribuirlos entre los pobres, por ejemplo, atribución que es también típica del comisario. Segunda, puede suceder que ambos tipos de funciones, del comisario y del ejecutor, sean encargadas a la misma persona y

riores al renacimiento del testamento. Si durante la AEM, en muchos territorios se desconocía el testamento como tal y en otros, aunque alentaba aún el derecho romano, a través del *Liber iudiciorum* en algunos casos, el testamento no constituía forma muy frecuentada de transmisión de los bienes a los herederos, parece natural afirmar que la comisión para testar fuese menos utilizada que la ejecución testamentaria.

Está documentada la mayor antigüedad de la ejecución que de la comisión para testar, pero no está demostrada la relación genética de la segunda a partir de la primera. Según la tesis en Núñez Iglesias, el comisario para testar es un ejecutor universal con poderes extraordinarios. El testador podía encargar a una persona determinadas actuaciones en beneficio y descargo de su alma, o de sus parientes, la realización de determinadas donaciones a favor de iglesias, monasterios, instituciones de caridad y de beneficencia, la adjudicación de bienes a los herederos y legatarios. El testador podía también confiar a una persona el acto de disposición de sus bienes y los destinatarios de los mismos. Como en ese caso el ejecutor recibía el poder de dispositio, creemos que ya no se trataba de ampliar sus extensos poderes, sino de la aparición y nacimiento de una nueva institución en la que advertimos diferencias cualitativas, no exclusivamente cualitativas respecto al ejecutor testamentario, que se limita a cumplir la voluntad del testador mientras que el primero se encarga de disponer en nombre del testador.

⁴⁹ El comisario no podrá realizar las funciones del ejecutor testamentario o albacea salvo que expresamente se las haya encomendado el testador, como mantiene MATIENZO, Ad Rec. 5, 4, 6, gl. 6, núm. 4, f. 119. Funcionalmente resultaba muy práctico que los comisarios fuesen al mismo tiempo ejecutores: Las mismas personas dispusiesen de los bienes del testador, en la medida de los poderes otorgados y de acuerdo con las leyes de Toro y esas mismas ejecutasen lo ordenado concretamente por el poderdante y por ellos mismos en el testamento otorgado. Así ocurre con frecuencia en los poderes testatorios.

También lo es asociar a la persona nombrada como comisario, otras personas que actúen conjuntamente con ella como ejecutores testamentarios.

frecuentemente así ocurría. Pero esta coincidencia en la persona no supone una identidad de las dos instituciones.

Tampoco la ambigüedad terminológica debe contribuir a la confusión e identificación del ejecutor y del comisario. Es frecuente que con el nombre de *executor* se refieran los comentaristas al comisario para testar o con el de *comissarius* al ejecutor testamentario o albacea.

Pasemos ahora a determinar la naturaleza jurídica del comisario para testar en Castilla, especialmente en las Leyes de Toro. Un jurista que directamente aborda la naturaleza jurídica del comisario para testar es Carpio. Según Núñez Iglesias, este jurista identifica al comisario con un ejecutor universal con poderes extraordinarios: «Carpio nos dice que ejecutor y comisario son la misma figura con diferencia de grado»⁵⁰. Creemos que Carpio no nos dice precisamente eso⁵¹. Expone que bajo la palabra *executor* pueden cobijarse dos instituciones claramente diferentes. Aquel a quien sólo se ha encargado la ejecución de la voluntad del testador y aquel otro a quien específicamente ha sido comitada y delegada por el comitente la ordenación de su voluntad, que es una especie diferente dentro del género, *executor*.

Según la filosofía escolástica y de la dogmática jurídica, aquellas instituciones que, aunque pertenezcan a un mismo género, poseen notas características propias y exclusivas, se diferencian específicamente y, por tanto, son dos instituciones distintas, inconfundibles⁵². Más adelante perfila Carpio la imagen propia del comisario para testar que «*propie nuncupatur ille, qui, ex facultate et commissione a testatore ei iniuncta, pro eo testatur, declarat, ordinat et disponit in casibus a iure expressis et permissis... et sic testatio, declaratio, ordinatio et dispositio est commissari, voluntas vero, mandatum, facultas, commissio et delegatio testatoris*»⁵³.

Veamos lo que nos dicen los comentaristas de las Leyes de Toro sobre la naturaleza jurídica del comisario.

⁵⁰ Afirma además NÚÑEZ: *ob. cit.*, que «la posesión de un nombre (comisario) con el que ser reconocido, no supone independencia del ejecutor» (p. 264).

⁵¹ Razona CARPIO: «*executor, ... dupliciter accipitur aut pro genere taliter quod sub se comprehendat omnes executores ultimarum voluntatum, aut pro specie contenta sub genere, taliter quod executor sit species, cui sola executio dispositionis testatoris est iniuncta, ad differentiam verbi, commissarius, cui ordinatio voluntatis testatoris commissa et delegata est; quae est altera et secunda species eiusdem generis executorum*» Lib. 1, cap. 1, núm. 17, f. 4 y 4v.

⁵² Nos podemos acercarnos al concepto de una institución a través de la definición, entendida según el modelo aristotélico-escolástico. Según Cicerón, una definición es «*oratio quae id quod definitur explicat quid sit*» (*Tópica*, V, 26). Y, por tanto, nos suministra la esencia de una cosa. La definición se forma *ex genere et differentia*. Así varias instituciones pueden contenerse en una categoría general (*genus*) pero la *differentia* consiste en la característica que la delimita y singulariza de otras instituciones pertenecientes a la misma categoría. Dentro de este modelo escolástico se ha de entender la definición de Carpio. *Executor* es una categoría general, mientras que el comisario es una categoría específica, inconfundible con la ejecución testamentaria propiamente dicha. Que tengan notas comunes no equivale a identificación de ambas instituciones.

⁵³ Lib. 1, cap. 1.º, núm. 23, f. 5. Adviértase la teoría tomista de que el primer impulso o acto corresponde a la voluntad del testador. NÚÑEZ IGLESIAS: *ob. cit.*: pp. 179 ss.

Para López de Palacios Rubios, el comisario no es un intermediario de la transmisión y no ocupa el lugar de *quasi-heres*⁵⁴ en relación con la herencia.

Para Diego del Castillo está muy clara la diferente naturaleza jurídica del comisario y del ejecutor atendidas las diferentes funciones de los mismos⁵⁵. A pesar de esta clara distinción entre las facultades dispositivas de las que dispone el comisario y las de ejecución encargadas al ejecutor testamentario, parece que las propias Leyes de Toro se han dedicado a sembrar cierta confusión, encomendando a veces al comisario funciones propias de aquél. Así las Leyes 32 y 37, encomiendan al comisario «que pueda descargar los cargos de conciencia del testador que le dio el poder pagando sus deudas y cargos de servicio y otras deudas semejantes» (art. 32); y que «el tal comisario no pueda mandar más después de pagadas las deudas y cargos del servicio del testador, de la quinta parte»... (art. 37)⁵⁶.

Frente a los preceptos numerosos en que las nueve Leyes de Toro reguladoras del testamento por comisario conceden a éste poderes o facultades para disponer, aquí claramente se le encargan funciones de ejecución. Quizá porque el entramado de obligaciones del comisario ha sido tejido con la «urdimbre obligacional» del ejecutor, cuando faltaba precepto específico referido al comisario.

C) LA COMISIÓN TESTAMENTARIA ES UN PODER

Si hemos de encuadrar en alguna categoría jurídica la figura del comisario para testar, es en la del poder. Rechazamos que se confunda con el contrato de mandato. El mandato no puede perfeccionarse como contrato sin la aceptación del mandatario⁵⁷ y esto es así de forma clara, si establecemos nítidamente den-

⁵⁴ «Commissarius, sicut non potest haeredem instituere... hic sic nec haeredem in possessionem mittere, quia debet capere de manu testatoris non commissarii, nisi quando habetur loco legatarii, si instituat in re certa». Ad l. 31, f. 623.

⁵⁵ Propie is, cui committitur testamenti *factio*, dicitur commissarius... is cui committitur *executio* testamenti, vocatur executor... et quanvis omnes isti dicuntur commissarii sunt tamen constituti ad diversa officia» y con Baldo concluye Castillo ubi tenet quod commissarius dicitur qui habet officium et mandatum ad incertum, executor qui habet mandatum ad aliquod certum» ad. L. 31, f. 139 v-140.

⁵⁶ No vamos a exponer ahora la abundante literatura de nuestros comentaristas de Toro sobre el tipo de deudas que tiene o puede pagar el comisario: si se extiende también la facultad u obligación a las obligaciones naturales, a las vencidas, etc. En los protocolos también se constata que a veces los comisarios son encargados de hacer funciones de albaceas con poder para vender bienes que se empleen *ad pias causas* y en descargo de la conciencia del testador. Alonso Gutiérrez, vecino de Madrid, otorga poder a su padre y a su mujer, *in solidum* para... ordenar mi testamento e cumplir y executar, como mis cabezaleros e testamentarios»... 18-12-1505. AHP (Cuenca) Caja 2.

⁵⁷ NÚÑEZ IGLESIAS: señala que una característica de la evolución de la ejecución y del testamento por comisario desde la BEM a la Moderna, consiste en que estos encargos ahora ya no son de aceptación obligatoria, frente a lo que había venido ocurriendo (p. 263). Pero tal apreciación no resulta nada clara. Este autor cuando trata de determinar la naturaleza jurídica de la ejecución y, al estudiar su posible analogía con la del tutor, nos expone las opiniones contradictorias de

tro de la dogmática *ius-privatista* la distinción de que el apoderamiento representativo es una institución diferente del contrato de mandato. En nuestro derecho histórico no ha existido confusión entre representación y mandato. Sin ir más lejos, el Proyecto de Código Civil de 1851 establece que «el mandato es un contrato por el que uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le comete» (art. 1602). Para nada se alude al término representación y así entendieron los juristas que lo normal era que el mandatario actuase en nombre propio, si bien en interés del mandante. En el terreno de los principios, al menos el apoderamiento es un acto, no un contrato, y como tal, un negocio jurídico unilateral, mientras que el mandato es un contrato y, en este caso, un negocio jurídico bilateral. El apoderamiento no exige aceptación para su perfección como tal acto, mientras que el mandato se perfecciona con la aceptación del mandatario⁵⁸.

Si añadimos que, frente al mandato que es un negocio causal, el apoderamiento comisión o representación, es un acto formal, cuya validez vinculan las Leyes de Toro a su autorización por escribano en escritura pública, nos convenceremos de que la comisión para testar constituye un poder y no un mandato, entendido como un contrato.

Según las Leyes de Toro, y respecto al poder, no se exige la aceptación, requisito esencial, en su caso, para la perfección del contrato de mandato. Establece la Ley 33 que «pasados los términos (sin actuar) no puede hacer más... el comisario, aunque diga e alegue que nunca vino a su noticia que el tal poder le había sido dado». La palabra poder y apoderamiento son utilizadas frecuentemente por las Leyes de Toro y la doctrina. Los comentaristas hablan constantemente de *dar* y *conceder*, sin que tales términos comprendan la aceptación del apoderado⁵⁹. La fórmula utilizada por los autores de formularios es inequívocamente propia, por sus expresiones, su estilo y estructura documental, de un apoderamiento.

Además, es esencial y razón de ser de la institución el que el comisario teste en nombre del comitente. En la Edad Media y en algunos territorios, el comisario imitaba la voz del difunto y parecía que se había encarnado en su

los doctores sobre la necesidad de aceptar el encargo. Con lo que la consideración de la ejecución y aún del testamento por comisario (aunque nos coloquemos en el terreno de Núñez), como *officium*, como una función de interés público de aceptación forzosa, es muy debatida desde la glosa (véanse las pp. 131-138).

⁵⁸ No vamos a entrar aquí a estudiar la confusión que ha existido en cierta doctrina civilística, entre poder y mandato, motivada porque nuestro Código Civil no regula sistemáticamente el poder, y, en parte hay que construir su figura con preceptos pertinentes al mandato. Así ha existido una corriente doctrinal muy fuerte encabezada por Sánchez Román que ha identificado el poder y el mandato, interpretando nuestro Código Civil de acuerdo con el Código Civil francés. Véase CASTRO LUCINI, F.: «Distinción entre poder y mandato (A propósito de una Resolución de 22 de enero de 1988). En *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisoló*. Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid. T.V. 1988 (pp. 155-169).

⁵⁹ El poder nace válidamente, aunque no llegue a conocimiento del comisario. Así lo dice indirectamente GÓMEZ, A.: «Si *commisarius sit ignorans commissionis sibi concessae et transactum fuit tempus, an possit restituere?* Ad. L. 32, núm. 4 (summaria) f. 120.

persona, como constaba en algunos documentos de la AEM. De lo que no cabe duda es que el comisario al actuar representa al testador.

¿Ejerce un *officium* el comisario? Insistimos en que, aunque la ejecución testamentaria fuese en la EM un *officium*, tal naturaleza ya no puede ser predicable automáticamente del comisario, por tratarse de una institución diferente de la ejecución testamentaria. Pero entremos, a pesar de todo, en la cuestión.

Creemos que es excesivo considerar el papel del comisario equiparable al ejercicio de una función de interés público. No me detendré a examinar si en la Edad Media el ejecutor testamentario ejerció una función pública, como defiende Núñez Iglesias. No parece necesaria tal calificación, que entraña la fiscalización de su función por la Iglesia o de los poderes públicos, en el ejercicio de su cargo. Sabemos que la vinculación frecuentemente familiar y la absoluta confianza que mediaba entre el comitente y el comisario, aseguraban el otorgamiento del testamento por parte del comisario y la ausencia de posibles fraudes, cumpliendo fielmente la voluntad del difunto.

No existe en las Leyes de Toro ninguna huella de esa fiscalización que en la EM ejercía la Iglesia o los oficiales del rey sobre la ejecución testamentaria considerada como una función de interés público. Lo que prevé la Ley 38 no es un caso de fiscalización ni tampoco de arbitraje, sino de intervención de una especie de *comisario ex lege* para que se pueda cumplir la voluntad del difunto, resolviendo las discrepancias existentes entre los comisarios, cuando sean varios los nombrados por el testador.

La absoluta libertad del apoderado para aceptar o no el poder otorgado por el comitente contribuye a desdibujar más la calificación de la comisión testamentaria como un *officium*. Uno de los comentaristas que trata más extensamente la no obligación, sino la libertad de aceptar la comisión es López de Palacios Rubios, «Commissarius non cogitur acceptare officium»⁶⁰. Es más, «ut hic colligitur, nec executor testamentarius, etiam in relicitis ad pias causas»⁶¹.

La Ley 33 ordena que el comisario sea obligado a hacer lo que le mandó el testador y añade «y, si pasado el dicho término no lo ficiere, que sea habido como si tal comisario lo ficiere o declarase». Vemos que la propia ley confiesa la impotencia para obligar al comisario a aceptar y a actuar contra su propia voluntad.

Una seria dificultad consiste en considerar la comisión como un poder que perdura después de la muerte del comitente, cuando normalmente el poder se

⁶⁰ LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS: se apoya en la opinión de Cynus y en la similitud con lo establecido en el Digesto sobre el oficio de tutor. En dos casos el comisario estará obligado a aceptar o, mejor, habría que sobreentender que ha aceptado. Si acepta un legado que lleva consigo la obligación de ejercer la comisión o «si subscripsit testamentum, tunc videtur acceptare officium». Después de otros argumentos, concluye: «ex quo infertur quod hodie, secundum iura regni nemo cogitur acceptare et restituere heredem» Ad. L. 31, núm. IV, f. 624..

⁶¹ Ad. L. 38, núm. III f. 643. En otra parte vuelve a tratar LÓPEZ DE PALACIOS la cuestión y, después de exponer las dudas que surgen de aplicar las características de la tutoría a la comisión para testar, concluye que el comisario «regulariter non cogitur nisi tunc demum quando executor vel commissarius promissit commitendi». Ad. L. 31, CIII, CIV, ff. 636 y 637.

extingue con la muerte del poderdante. Pero, he aquí, la especialidad de este poder⁶².

D) PODER GENERAL

Está previsto este supuesto en la Ley 32, cuando el testador «solamente le dio poder para que por él pueda facer testamento el tal comisario», sin que el testador haya hecho heredero, ni le haya dado poder al comisario para que lo hiciese por él ni le apoderó para hacer ninguna de las cosas, de las dichas en la ley anterior. En tal caso, manda la ley que el comisario pueda «descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas e cargos de servicio, e otras deudas semejantes y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes que, pagadas las deudas, montare; el remanente se parta entre los parientes que vinieren a heredar aquellos bienes *ab intestato*; e si parientes tales no tuviese el testador, mandamos que el dicho comisario, dejándole a la mujer del que le dió el poder lo que, según las leyes de nuestros reinos, le pudiera pertenecer, sea obligado a disponer de todos los bienes del testador por causas pías e provechosas a la ánima del que le dió el poder e no en otra cosa alguna»⁶³.

De esta manera se consagraba por ley una larga tradición castellana, que destinaba el quinto en favor del alma, a veces a través de un comisario que ordenaba las disposiciones de última voluntad.

En el testamento *ad pias causas* hay una expresa y directa influencia canónica, según destaca Llamas⁶⁴ en una de las escasas alusiones a los antecedentes

⁶² Los autores de formularios consideran siempre la comisión para testar como una fórmula de apoderamiento y algunos de ellos definen la naturaleza del poder para testar. «El poder para testar es un acto y disposición en que una persona da facultades para ordenar su última voluntad, declararla y disponer de sus bienes» (FEBRERO, p. 165) Apoderamiento la denomina DE LAS CASAS Y MORAL: «pueden ser comisarios o apoderados cuantos pueden ser administradores de otro» (p. 522). Tan sólo el notario de Valencia, ZARZOSO, ya en 1874, define que «testamento por comisario es el que ordena una persona por mandato de otra», pero debe de referirse al mandato o poder que puede ser general o especial como dice a continuación (p. 230).

⁶³ Lo dispuesto en este artículo es el punto de llegada de la larga evolución que comenzó en los lejanos tiempos del Derecho romano post-clásico. La cristianización del mundo romano introdujo la costumbre de los cristianos de otorgar testamento en favor de Jesucristo y de los Santos y que pasará a convertirse en ley, recogándose fundamentalmente en la novela 131 de Justiniano. A lo largo de los siglos los cristianos fueron haciendo donaciones *pro anima* y *ad pias causas*. Véase el trabajo de GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *La cuota de libre disposición en el derecho hereditario de León y Castilla. Notas y documentos*. AHDE, 9, 1932. Donde arrancando de la legislación visigoda, demuestra con aportación documental que en León y Castilla la parte de la herencia destinada *ad pias causas* es frecuentemente el quinto de la herencia.

⁶⁴ Ad. l. 32, gl. 2, 3 y 4, ff. 294 y 295. «Esta ley debe considerarse como una exposición o declaración del cap. XIII de *testamentis* de las Decretales». En la contestación que dio el Papa Inocencio III a la consulta del Obispo Altisidorense: Se dice expresamente «que aquél que su última voluntad la deja a disposición de otro, no parece que muera intestado». El Papa Inocencio IV, como doctor particular, señaló que esos bienes debían invertirse en obras pías. Modernamente MALDONADO ha recordado que el origen histórico de lo dispuesto en este artículo se encuentra en el canon *cum tibi*.

históricos del testamento por comisario, que los comentaristas dejan deslizarse en sus escritos.

El testamento continuaba siendo a principios del s. XVI para el castellano expresión de sus convicciones religiosas y ocasión para manifestar su última voluntad e instrumento en que hacía constar las mandas y legados en sufragio de su alma y de sus parientes.

E) EN PRINCIPIO, EL PODER GENERAL FACULTA AL COMISARIO PARA TESTAR SOLAMENTE *AD PIAS CAUSAS*

La interpretación sistemática de diferentes artículos nos lleva al convencimiento de que las Leyes de Toro conceden fundamentalmente al comisario el encargo de hacer un testamento *ad pias causas* y esta actuación es la que se espera de él⁶⁵. Es cierto que la voluntad expresa del testador puede ampliar el círculo de los poderes del comisario y que estará facultado, en ese caso, para disponer de sus bienes para otros fines que no sean *ad pias causas*; pero el supuesto general, salvo poderes especiales, se reduce a destinar el quinto de los bienes del testador que opera en el derecho castellano como límite legal a la generosidad *ad pias causas*. Veamos confirmada esta tesis a través de diferentes artículos de las Leyes de Toro.

El artículo 32 trata del caso en que el testador «solamente le dio al comisario poder para que por él pueda hacer testamento»: en tal supuesto paga u ordena pagar sus deudas y cargos de servicio, y ha de mandar distribuir la quinta parte de los bienes por el alma del testador, y el resto ha de ser heredado por sus parientes, y, si no los tuviese, se destinarán todos los bienes a «causas pías y provechosas a la ánima del que le dió el poder, y no en otra cosa alguna» (art. 32, *in fine*).

Si el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador por cualquier circunstancia, los bienes se reparten entre los parientes que habrían de heredar *ab intestato* y, si éstos no son hijos ni descendientes legítimos, «sean obligados a disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador» (art. 36, *in fine*). En este supuesto encarga la ley a los parientes que dispongan, en sustitución de la obligación del comisario, de la quinta parte de los bienes *ad pias causas*. Piensa el legislador que para esto el testador comisionó al apoderado y, al no haberlo podido o querido hacer, la ley lo encarga a los parientes interpretando la voluntad del testador⁶⁶.

⁶⁵ Esta es la finalidad manifestada en el poder: Alonso de Gutiérrez, vecino de Madrid: «... e porque yo antes de agora he hablado e comunicado algunas cosas tocantes a mi conciencia e descargo de mi anyma con mi Señor padre...» 18-12-1505. *AHP* Cuenca, C-2.

«... Faser e ordenar mi testamento e asentar e poner todo lo que a vosotros pareciere que conviene para el descargo e cumplimiento de mi ánima...», 10 de agosto de 1505. *AHP*. Cuenca, C-2. f. 308.

⁶⁶ Aquí podríamos entrar a considerar las diferencias entre lo dispuesto en el artículo 36 y el 32. ¿Qué tipo de parientes heredan en cada caso? ¿Por qué en el 32 la quinta parte de los bienes va destinada *ad pias causas* en todo caso y en el supuesto del artículo 36 sólo cuando no sean los

Más argumentos encontramos en las Leyes de Toro para afirmar que nos encontramos realmente ante el testamento *ad pias causas*. El artículo 37 dice que, cuando el testador nombra heredero, y una vez instituido, dio poder a otro para que acabase por él su testamento, «el tal comisario no pueda mandar más, después de pagadas las deudas y cargos de servicio del testador, de la quinta parte de sus bienes del testador, y si más mandare que no vala, salvo si el testador especialmente le dió el poder para más».

El presente artículo plantea varias cuestiones en las que no entramos: qué grado de parientes heredan, en qué cuota, según que el heredero nombrado sea un descendiente, ascendiente o colateral. Tampoco nos planteamos si este artículo derogaba en Castilla lo dispuesto en las Partidas (6.1.3), que ordena la unidad y continuidad del acto.

E) EL TESTAMENTO *AD PIAS CAUSAS* EN LOS FORMULARIOS Y EN LOS PROTOCOLOS

El disponer de una parte de los bienes *ad pias causas* fue la finalidad a la que sirvió realmente el testamento por comisario, independientemente de que el testador pudiese facultarlo para otras cosas.

A través de los prácticos y de los autores de formularios podemos estudiar la institución y vemos cómo el objetivo principal, al nombrar el comitente un comisario para que haga testamento en su nombre, era encargarle la disposición sobre parte de la herencia en mandas y legados piadosos. Así fue desde la aparición de su institución por costumbre hasta su desaparición con el Código Civil⁶⁷.

que heredan hijos ni descendientes legítimos. Estas y otras cuestiones las tratan los comentaristas de las Leyes de Toro. Pero desde un punto de vista histórico, al estar nosotros tratando de la institución del comisario, de sus facultades, de la finalidad y función cumplida por esta institución, y el no considerar históricamente relevante abordar esta antinomia, nos dispensan de entrar ahora en estas consideraciones. Lo que corresponde preguntarnos es si esa quinta parte de que puede disponer el comisario ha de ser *ad pias causas*. Así lo dice Llamas de pasada, cuando trata de determinar la parte de la que puede disponer el comisario. Se plantea también este comentarista la cuestión de si el heredero, no continuando el comisario el testamento, vendrá obligado a invertir el quinto de los bienes en obras pías en beneficio del alma del finado y dice «que parece que debía afirmarse, si el heredero es un colateral o extraño, por estar dispuesto en el artículo 36». Se contraargumenta Llamas que quizá puede alegarse que en el caso de este artículo 37 el testador murió testado, por haber hecho testamento y nombró heredero, y en el supuesto del artículo 36 no, pero en el caso del artículo 37 también puede entenderse que murió intestado en «la parte que dio facultad al comisario para disponer, cuya facultad se supone y declara por las leyes 32 y 36 que era para invertir el quinto de sus bienes en beneficio de su alma». No está muy seguro de la solución y dice que «el lector elegirá la opinión que le parezca más fundada». Ad. L. 37, núm. 6 y 7, f. 307.

⁶⁷ En el formulario de finales del siglo XIV se dice «... en mi nombre fagades e ordenedes mi testamento e mi anima e postrimera voluntad... e ordenado el dicho testamento e mandas... de lo que remanesciere de mis bienes que finque e sea de mis herederos fulano y fulano» (p. 381). En Palomares aparece más desarrollada esta finalidad *ad pias causas* en la fórmula de poder para testar: «y porque yo tengo comunicadas las cosas que convienen al descargo de mi conciencia y que es voluntad que se guarde y cumpla con Miguel vecino de esta ciudad...». Señala luego la fórmula que

Las Leyes de Toro recogieron y consagraron por vía legal una larga tradición e inveterada costumbre, por lo que no serían tantos «los muchos fraudes y engaños» que con tales poderes hacían los comisarios al tenerlos tan restringidos. Por los fraudes y engaños que alegan las Leyes de Toro serían el recurso retórico para promulgar una legislación restrictiva del testamento por comisario.

La práctica muy anterior a las Leyes de Toro de «ensanchar» cada vez más el contenido y cláusulas del poder en el que se contenía sustancialmente la última voluntad del poderdante-testador, que encomendaba al comisario un círculo de disposiciones *ad pias causas* cada vez más reducido, determinó que el poder adquiriera naturaleza de auténtico testamento, como se deduce del inciso final del artículo 33, como luego expondremos más extensamente: «Pero lo que el testador le mandó señalada e determinadamente señalando la persona del heredero, o señalando cierta cosa que había de hacer el tal comisario sea obligado a lo hacer; y, si pasado el dicho término, no lo fiziere, que sea habido como si tal comisario lo fiziere o lo declarare».

le da poder para que sea enterrado en determinada iglesia, forma del entierro, número y periodicidad de las misas y sufragios, tal como le tiene comunicado. Nombra a continuación el testador sus herederos y establece como cláusula final «y para que haga todas las declaraciones, mandas y legados y cláusulas que le pareciere convenir y sean necesarias al descargo de mi conciencia y que con el dicho Miguel tengo comunicadas» (p. 81). La fórmula de Argüello contiene un poder concedido a dos comisarios «para que hagan y ordenen su testamento y última voluntad, haciendo mandas y legados y disponiendo de sus bienes en todo y en parte a su elección, con que este poder ni el tal testamento no se entienda en quanto a señalar entierro, ni nombrar testamentarios, ni herederos, que esto sólo y no otra cosa reserva en sí» (p. 56). Esta fórmula, que aparentemente da amplias facultades al comisario, en realidad las restringe incluso para disposiciones que hoy consideramos nimias, como señalar entierro. La reserva del comitente de señalar entierro y nombrar herederos y testamentarios se incluirá ordinariamente en formularios posteriores.

De la Ripia dice: «y dispongo mi testamento... declarando y mandando pagar mis deudas y demás cosas del descargo de mi conciencia, haciendo las mandas, legados y declaraciones y señalamiento de sufragios que le tengo comunicado». Después la fórmula, indica las cosas que se reserva el testador que son las más (sepultura, nombramiento de albaceas, herederos, mejora de tercio y quinto, tutor y educador de sus hijos, sustituciones... A continuación recoge una fórmula de escritura de testamento en virtud de poder, en la que el comisario señala las misas y sufragios y dispone «que se dé limosna a las mandas precisas y acostumbradas, un real a cada una y liquida unas deudas con unos criados y poco más (pp. 152 y 153). Tan sólo en la fórmula de Zarzoso se señala al comisario la facultad de nombrar tutores o curadores de los hijos y albaceas y contadores que practiquen la división. Que en las Leyes de Toro todos los caminos conducen al testamento *ad pias causas* lo refuerzan los autores de formularios, como hemos visto.

Basta igualmente examinar cualquiera de los poderes para testar así como de los testamentos otorgados por los comisarios para advertir que las facultades cometidas y el posterior ejercicio de las mismas se refieren casi de forma exclusiva a las disposiciones en favor del alma, sufragios, lugar de enterramiento y de determinadas mandas a favor de las iglesias y de los pobres.

Todo parece indicar que, al menos desde la Baja Edad Media, si es que no fue así desde la Alta Edad Media, el testamento por comisario fue *ad pias causas* y el testador siempre acostumbró a reservarse la facultad de instituir heredero y de otras posibles disposiciones sobre mejoras, desheredación, etc. En parecidos términos del formulario anónimo del C.N.B. y Felipe Sánchez «disponiendo el entierro, misas y todo lo que concierne al funeral, así como los legados píos y graciosos, conforme al comunicado» (p. 304). Omitimos la fórmula de Febrero, por no cansar más la atención, dada la repetición de las cláusulas.

El poder se convirtió «de facto» en el verdadero testamento y el que posteriormente otorgaba el comisario en una disposición «adicional» *ad pias causas*.

Las Leyes de Toro vinieron a consagrar legalmente una práctica ya arraigada; como se demuestra a través de los formularios y testamentos: recortar cada vez más los poderes del comisario a la hora de disponer de los bienes del poderdante. Por lo que no habría tantas ocasiones para que se produjesen fácilmente fraudes y engaños.

V. EL PODER ESPECIAL

A) INTRODUCCIÓN

La redacción del artículo 31 de las Leyes de Toro propició una interpretación de los poderes especiales del comisario que podemos calificar como mínimo de curiosa. Con respecto a la institución de heredero, la ley exigía que el comitente había de identificar «por su nombre, a quién manda quel comisario haga heredero». De esta forma parecía no admitirse por el Derecho castellano, fijado en las Leyes de Toro aquellos supuestos del Derecho común en que la institución del heredero podía encomendarse al criterio *boni viri* y a la elección de una persona incierta de entre varias conocidas (*incertus ex certis*). En cuanto a la institución de heredero, la Ley 31 era, según el criterio de la mayoría de los comentaristas, más estricta y rigurosa que la ya restrictiva doctrina del Derecho común sobre esta materia. Por tanto, las Leyes de Toro restringían en Castilla la doctrina del Derecho común ya estricta en este punto.

Sin embargo, «en cuanto a las otras cosas» (desheredación, mejora de tercio y quinto, sustitución...) puede señalar el comitente «para qué le da el poder y, en tal caso, el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló e mandó». Aquí cabía interpretar que, como de hecho lo hizo un grupo importante de comentaristas de estas leyes, que la Ley 31 autorizaba al comitente a encomendar a un tercero la *sustancia* de la disposición sobre mejora, desheredación... y no sólo la determinación de la persona, como entendían otros, con lo cual, y a tenor de la interpretación de los primeros, la Ley 31 de Toro derogaba en Castilla el Derecho común, pero ahora elevando el *techo* dispositivo del comisario y no rebajándolo como ocurría con la institución de heredero. En un punto, el Derecho común parecía más «liberal» en la declaración de validez de la institución de heredero encomendada a un tercero: y, en los restantes puntos, la mayor generosidad parecía corresponder al Derecho castellano, regulado en las Leyes de Toro.

Así resultaba de la interpretación de los comentaristas. La práctica era diferente, pues no solía el comitente dejar a la voluntad del comisario la decisión sobre la mejora, desheredación, etc., sobre las que disponía aquel en el poder para testar, como demostramos en la investigación.

B) INSTITUCIÓN DE HEREDERO

El Derecho común había establecido, según la doctrina más generalizada, que la institución de heredero no podía encomendarse a la libre voluntad de un tercero, con la excepción de permitir encargar la elección de heredero al arbitrio *boni viri*, o de elegir una persona incierta de *certis*. Estas dos excepciones parecen ser rechazadas incluso por la Ley 31 de Toro: en el poder para hacer heredero debe constar «por su nombre a quién manda quel comissario faga heredero», y este supuesto admitió sólo la excepción de las causas pías⁶⁸.

Como dice Diego del Castillo: «officium commissarii non concernit universalem institutionem heredis... quia, in ultima voluntate, causa efficiens est solus testator... non enim potest testator committere alicui supremum iudicium suum»: además... «quia actus morientis non potest pendere ex consensu viventis»⁶⁹.

La institución del heredero por el comitente no significa, según algún comentarista, que la designación de aquél sea nominal⁷⁰ ni, según otros, que se prive al comisario de disponer sobre la sustancia⁷¹.

C) LAS OTRAS POSIBLES COMISIONES ESPECIALES

1. Generalidades

En cuanto a la posibilidad de encomendar a otra persona la desheredación, la mejora, la sustitución, y un legado, la doctrina de los comentaristas «tauri-

⁶⁸ «Institutio incerti de certis, *in fine*, quanvis de jure communi verior, receptor et tenenda sit, jure autem regio omnino rejicitur: ex dicta l. 31 Tauri» (CARPIO, lib. 2, cap. 7, núms. 39, *in fine*, y 40). «... non solum haeres nominandus sit per defunctum comittentem alieni facultatem instituendi haeridem, sed et certus et nomine proprio nominandus est ille... neque sufficet incertum de certis nominare...» (ACEBEDO, A. L.5, 4, 5, núm. 13, f. 17v).

Sobre la imposibilidad de una atribución *arbitrium boni viri* dice Carpio: «contrariam vero sententiam imo institutionem haeridis in arbitrium commissarii pure collatam invalidam esse et veriolem, et receptiorem libenter existimo» (lib. 2, cap. 7, núm. 8). Si no advierte otra cosa, siempre que emplea el término *arbitrium* se está refiriendo al *regulatum* y no al *liberum*: «arbitrium in testamentis pro boni viri arbitrio accipitur» (lib. 2, cap. 2 *summaria*, núm. 6). Ved NÚÑEZ IGLESIAS, ob. cit., cap. 2.º, pp. 244 y 245.

⁶⁹ Ad. l.31, f. 140.

⁷⁰ Peralta es de esta opinión: el que el comisario nombre al heredero, «non propterea intelligitur de proprio nomine» (ad. D. 28, 5, 73). Citado por NÚÑEZ IGLESIAS, p. 245, nota 861.

Para Cifuentes las omisiones del nombre propio, o la mención de éste sin añadir la palabra heredero, no es obstáculo para la válida institución del mismo por parte del comisario si no hay duda sobre la persona y calidad del heredero que quiere el comitente que sea instituida (L. 31, núm. 7.º).

⁷¹ «Si acaso se pretende decir que en el hecho de nombrar el testador la persona del heredero se manifiesta que no comete a la voluntad del comisario la sustancia de la disposición, se incurre en un manifiesto error, pues es muy compatible expresar la persona del heredero y cometer al arbitrio del comisario su nombramiento, como claramente se verificaría si dijese el testador, doy facultad al comisario para que pueda nombrarme heredero si quisiere, y caso que lo nombre sea fulano de tal, en cuyo caso ciertamente se cometería al comisario la facultad de establecer o no heredero, que es la sustancia de la disposición, sin embargo, de que se le señalase a quién había de elegir si hacía el nombramiento de heredero». LLAMAS ad. L. 31, glos. 20. ff. 292 y 293.

nos» aplica en este caso la teoría de la sustancia de la disposición. Núñez Iglesias clasifica a los comentaristas en tres grupos o tendencias. El primero se forma con aquellos que son más generosos en reconocer que la Ley 31 permitía encomendar al comisario la sustancia de la disposición, excepto la institución de heredero. Componen el grupo Peralta, Juan del Castillo, Matienzo, Vázquez de Menchaca y Padilla⁷². Para ellos, no estaba vigente en Castilla la doctrina más aceptada del Derecho común que prohibía encomendar a la voluntad de otro la sustancia de una disposición, que no fuese *ad pias causas*. Entre ellos hemos de incluir con grandes reservas a López de Palacios Rubios, que trata ampliamente la prevalencia del Derecho Regio sobre la doctrina del Derecho común. Véase lo que luego decimos a propósito de la mejora.

Componen el segundo grupo los que se declaraban más de acuerdo con la doctrina del Derecho común, A. Gómez, Juan Gutiérrez, Diego del Castillo, Acebedo, Velázquez de Avendaño, Carpio, R. Suárez, entre otros⁷³. En posición singular, dentro del tercer grupo siempre pretendidamente original, milita Tello Fernández, que no concede al comisario ni siquiera la facultad de elegir a la persona dentro de un grupo de personas ciertas⁷⁴.

2. Desheredación

La ley permite que el comisario, con poder especial, pueda desheredar a los hijos y descendientes del testador. Como en la desheredación era preciso

⁷² NÚÑEZ IGLESIAS, A. ob. cit.: pp. 245 y 246. «Praedicta L. Fori [F. Real, 3, 5, 6 (7)] videtur hodie approbata per eamdem L.31 Tauri et alias sequentes, quae loquuntur in materia exequutorum: per quas L. videtur disponentibus permitti, in aliorum voluntatem dispositiones particulares relinquere» (PERALTA: ad L. 31, 1, núm. 53; 51 y 78). «Qui aperte praesentiunt ex dict. L.31. Tauri, dispositionem posse in alterius voluntatem conferri [...] quod legata, ac etiam aliae dispositiones particulares quaecunque, ex legibus Tauri, in voluntatem alterius valide conferantur» (CASTILLO: lib. 2, cap. 6 núm. 61; y lib. 4, cap. 36, núms. 9 y 10).

Véase MATIENZO: ad. Rec.5: 4, 5, glossa 3, núm. 1-3, ff. 116v y 117.

VÁZQUEZ DE MENCHACA: «Tam iure regio quam canonico captatoria voluntas admissa sit. et quod dicto cap. cum tibi et dicta L. 31 Tauri plane loquuntur in captatoria voluntate, quae licet vitiosa esset et delicto proxima, inspecta legis Romanae civilisque censura, tamen vitiosa non est, inspecta censura legis canonicae et regiae» (*De successione* Lib. 2, 13, núm 24, f. 78), «Item dicimus quod ut ea species captoriae voluntatis, qua quis alteri dat testandi facultatem, iure canonico et iure regio admissa est» (*ibid.* núm. 25).

⁷³ Estos autores admiten la elección por el comisario de una persona incierta de entre un grupo de personas identificadas, pero no admiten que la sustancia pueda encomendarse al comisario. Cifuentes no admite que el comisario, salvo mandato particular y especial, pueda desheredar, mejorar, sustituir y dar tutores testamentarios. (L. 31, núm. 2).

⁷⁴ «Ego quidem legem nostram liberam ab omnibus impugnationibus existimo, si secundum ius commune intelligamus itaque ubicunque substantia dispositionis committitur in alterius voluntatem, tunc sive sit institutio, sive melioratio, sive exhaereditio, sive aliud de his in lege dispositis necessaria est expressio individue personae, in quam debet conferri dispositio, et sic nec in incertum de certis committi potest, ex eo quia alias esset captatoria voluntas [...]. Et quod in lege nostra disponitur, et commissio circa substantiam dispositionis: merito expressa et individua nominatio est facienda. Quia ex nominatione individua cessat captatoria voluntas» (TELLO FERNÁNDEZ: ad. L. Tauri 31, núm. 2, f. 228). «... sed in aliis rebus sufficiat committi incertum de certis, ad substituendum, legandum, vel meliorandum...» (ACEBEDO. A. L.5, 4, 5, núm. 13, f. 117v).

que se expresara su causa, se ha de entender que en el poder especial ha de constar también la misma. De ahí que al comisario sólo le correspondiese apreciar si alguno de los herederos había incurrido en la causa de desheredación señalada por el comitente, y al apreciarla y señalar quién había de ser excluido como heredero, se producía el supuesto de la elección *incerti ex certis*, como entiende la doctrina⁷⁵.

3. Mejora

La Ley 31 de Toro permite atribuir al comisario por poder especial la facultad de mejorar, mientras que la Ley 19 del mismo ordenamiento lo prohíbe⁷⁶. La antinomia fue resuelta por algunos comentaristas, entendiendo que por la Ley 19 se prohibía la atribución de la mejora por poder general⁷⁷. En cambio, Carpio, en palabras de Núñez Iglesias, resolvió la contradicción de forma diferente⁷⁸.

La segunda parte de la Ley 31 admitía la atribución de la facultad por poder especial, para elegir al mejorado (*incertum de certis*) y para señalar el objeto de la mejora (*incertam rem de certis*)⁷⁹.

⁷⁵ «Ex mandato exhaeredandi quem maluerit ex filiis non poterit commissarius exhaerere nisi eum contra quem ingratitudinis causa probetur, et ideo non erit necessaria, expressio personae eius, qui exhaerendandus est cum ex causa ingratitudinis satis certus efficiatur» (VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: ad L. Tauri, 31, glossa unica, núm. 5, f. 74). Un caso de desheredación en el propio poder testario es el de Leonor de la Vega, mujer del Almirante Diego Hurtado de Mendoza, que deshereda a su hija Aldonza, «que fue muy desagradecida... que me hizo muchas e graves atroces injurias e deshonras... me tomaron por fuerza... muchos de mis bienes... e movieron muchos pleitos». Poder de 14 de agosto de 1432. Sus hijos otorgan el testamento como comisarios, declaran las causas de la desheredación, las confidencias de la madre al respecto, etc., en el testamento de 5 de septiembre de 1432. Los recoge PÉREZ BUSTAMANTE, R.: *La villa de Santillana. Estudios y documentos*, Fundación Santillana, Santander, pp. 263-280.

⁷⁶ «El padre e la madre e avuelos en vida, o al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa o parte de su fazienda el tercio e quinto de mejoría, en que aya el fijo o fijos o nietos que ellos mejoraren; con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de los poder señalar el dicho tercio e quinto, como dicho es, que no lo pueda el testador cometer a otra persona alguna» (L. Toro, 19).

⁷⁷ GÓMEZ, A.: ad. L. Tauri, 19, núm. 2; TELLO FERNÁNDEZ: ad. L. Tauri 19, núm. 13; MATIENZO, ad Rec. 5, 6, 3 glossa final; ACEVEDO, ad. 5, 6, 3 núm. 32.

⁷⁸ «Ventiló la contradicción asegurando que la Ley 19 se refería, no a la facultad de mejorar en general, sino a la de asignar y señalar bienes; prohibiéndose la atribución siempre que dicha facultad quedara absolutamente en manos del comisario. Para él, puesto que debía de tratarse del mismo modo al encargo de designar al mejorado, que al de señalar el objeto de la mejora, resultaba que, tanto la primera parte de la Ley 31, como toda la Ley 19, prohibían la atribución de la sustancia de la mejora; aquélla, en la designación de persona y ésta, en la de objeto». NÚÑEZ IGLESIAS: *El comisario*, p. 248.

⁷⁹ NÚÑEZ IGLESIAS: ob. cit., p. 249. «Eadem ratio militat in commissione permissa ad meliorandum unum ex filiis, vel nepotibus de qua in dicta L. 31 [...] quae militat in commissione ad assignandum rem pro melioratione. In illa enim substantia dispositionis est parentum; electio, declaratio, seu qualitas accesoria, et subsequens est commissarii inter filios, seu nepotes exequenda in incertum de certis: eodem modo in hac commissione assignationis rei substantia dispositionis et causa efficiens est parentum; commissarii autem sola electio, seu executio in incertam rem de certis

Diego del Castillo resuelve la contradicción entre las Leyes 19 y 31 diciendo que la primera «declaratur et limitatur per ista»⁸⁰.

López de Palacios Rubios, al tratarse de una institución exorbitante y odiosa, entiende que si el comitente encargó al comisario que hiciese su testamento tal como lo tenía hablado con él, entonces podrá mejorar, de acuerdo con el Digesto, porque se entiende que el segundo conoce la voluntad del primero. Del mismo modo podrá el comisario acordar la mejora del tercio, si el comitente dice: «Melioro unum ex filiis meis, quem commissarius eligerit»⁸¹.

Sabemos lo poco propensos que eran en general los comentaristas a dejarnos constancia del funcionamiento real de las instituciones y la aplicación efectiva de las normas, pero a veces no entreabren una pequeña puerta al mundo real, y así Pélaez de Mieres deja constancia de que la facultad para mejorar suele ser una de las que habitualmente se concedían mutuamente los cónyuges⁸².

4. La sustitución

Dice Carpio que ni los intérpretes antiguos ni los más recientes se han ocupado apenas de las sustituciones encomendadas a otra persona⁸³.

No nos parece acertada su apreciación. Entre otros los comentaristas de las leyes de Toro, López de Palacios, Rubios, Matienzo y, de forma muy extensa, Diego del Castillo se han ocupado de esta cuestión y éstos son anteriores a Carpio. Además, los comentarios suelen aplicar de forma analógica a la sustitución la doctrina sobre la institución de heredero, al ser denominada frecuentemente, la sustitución como segunda institución o institución de segundo grado.

perficienda» (CARPIO: lib. 2, cap 18, núms. 4 y 5). Son de la misma opinión: Antonio GÓMEZ:, ad. L. Tauri 31, núm. 4, 108v; y GUTIÉRREZ: Practicarum, lib. 2, quaest. 42; TELLO FERNÁNDEZ ni siquiera admita que pudiese encomendarse la elección del mejorado dentro del grupo de parientes (ad. l. 31, núm. 2, in fine). DEL CASTILLO, D.: no concede al comisario la facultad de mejorar en el tercio, «nisi testator exprimat cui et in quo» (Ad. L. 31, f. 140).

⁸⁰ Ad. L. 31 f. 143v.

⁸¹ Ad. L. 31, LXXXV, f. 634, y añade « inde si legitima ipsius filiae non sufficit ad dotem illius, commissarius potest arbitrari usque ad tertium et quintum ultra legitiman necessariam filiorum, secundum dispositionem legum regni». Completa sus matizaciones diciendo «Adde praedictis quod licet commissarius non possit meliorare filium in tertio... poterit tamen in quinto ex quo potest facere legata, quae non possent verificari nisi in quinto», según el Fuero Real (LXXXVI, f. 635).

⁸² «Solent etenim mariti istas commissiones ab uxoribus extorquere [...]: et idem si maritus uxori dederit commissionem; et huius tenoris ego vidi aliquas ultimas voluntates», pars. 1, quaest. 48, núm 1). Entre otros autores que, al hablar de la mejora, suelen referirse a la mujer del comitente: COVARRUBIAS: ad. X, 3, 26, 13, *In Gregorii*... caput. cum tibi, núm. 11, f. 85v, *in fine*; CARPIO: Lib. 2, cap. 17, núm. 5. A GÓMEZ: ad. L. 31, núm. 6, f. 109.

Sabemos del arraigo de la costumbre de autorizarse a mejorar entre los esposos en Galicia, FUENMAYOR, A. de: «Derecho civil de Galicia», en *Nueva Enciclopedia jurídica SEIX*, t. I, pp. 262-264 y el mismo en «la mejora de labrar y poseer», en *ADC*, 1948, t. I. pp. 915 ss.

⁸³ Lib. 2, cap. 8, núm. 1.

¿Puede llegar la analogía entre ambas instituciones a la necesidad de que el comitente tenga que nombrar al sustituto por su nombre como ocurre con la institución de heredero? Tello Fernández responde afirmativamente, muy consecuente con su tesis general⁸⁴.

López de Palacios Rubios defiende que el comisario no puede sustituir pupilarmente a los hijos del comitente porque, según el Digesto y nuestras leyes, el padre «potest dare potestatem pro se et rebus suis, unde videtur quod possit illam substitutionem facere, non valet quia tantum pro bonis suis potest dari, non in alienis»⁸⁵. El comisario puede sustituir vulgarmente según este comentarista⁸⁶.

Pero no sabemos todavía si el poder especial para sustituir comprende la sustancia de la disposición o sólo la elección *incerti ex certis*. Si Matienzo, Velázquez de Avendaño, Acevedo y Carpio opinan que es necesaria la mención, por parte del comitente, de la persona a sustituir, no puede afirmarse que pueda encomendarse al comisario la sustancia de la disposición en esta cuestión concreta⁸⁷.

5. Los legados

No nos dice el artículo 31 de la ley si la facultad para legar puede encomendarse al comisario, pero hay alusiones a la misma en otras Leyes (33 y 37). El silencio de la ley fue interpretado en sentido afirmativo por los comentaristas, que eran partidarios de la tesis de la posibilidad de encomendar al comisario el poder de disponer sobre la sustancia, por entender que se trataba aquí de un caso particular de aquella amplia facultad que había venido rigiendo en el derecho castellano anterior a las Leyes de Toro⁸⁸.

Antonio Gómez y también Carpio limitan la facultad al arbitrio *boni viri* y a la elección *incerti de certis*⁸⁹.

6. El mayorazgo

Aunque las Leyes de Toro no regularon si podía encomendarse al comisario la designación del sucesor en el mayorazgo, algunos juristas se plantearon

⁸⁴ «Nam ea necessitudo, quae datur in institutione, viget in substitutione» (ad. L. 31, n. 2, f. 228).

⁸⁵ Ad. l. 31, LXXXIX, f. 635, «¿An substitutio pupillaris facta per commissarium resolvitur in fideicommissariam? Videtur quod sic per glos. in L. verbis civilis D de vulgari et pupillari (D 28, 6) ubi substitutio quae *nunquam* valuit iure directo *obliquatur*» (XC, f. 635).

⁸⁶ Ad. l. 31, XCL, f. 535. El comisario puede hacer la sustitución recíproca que sólo contenga la sustitución vulgar en el caso de que sea hecha por quien no puede realizar la pupilar (XCII, f. 635). De lo dicho se desprende que la sustitución vulgar a cargo del comisario no comprende la tácita pupilar (XCIII, f. 635).

⁸⁷ Véase NÚÑEZ IGLESIAS, ob. cit., p. 250.

⁸⁸ PERALTA: ad. D. 31, 1, núm 54; MATIENZO: ad Rec. 5, 4, 5, gl. 1, núm. 4, f. 116; CASTILLO, Juan del: lib. 2, cap. 6, núms. 46, 58 y 59.

⁸⁹ Según GÓMEZ, A.: «Legatum et fideicommissum non valet et tenet quando relinquatur in meram et absolutam voluntatem tertii vel heredis, secus tamen est si relinquatur et conferatur in arbitrium eius, quia tunc valet et tenet... (ad. l. 31 gl 3, 108v) «unum tamen est quod electio incertae personae de certis bene potest alteri committi et non dicitur captatoria voluntas (gl 4, 108v). CARPIO, en lib. 2.º, cap. 11, núms. 13 y 33.

la cuestión. Especialmente Luis de Molina entiende que puede atribuirse al comisario tanto la elección entre los hijos como la *personarum declaratio*. Según Peláez de Mieres admite sólo la elección. Ninguno de ellos admite que pueda darse poder para la fundación de mayorazgo, ya que equivaldría a encomendar a otro la sustancia de la disposición⁹⁰.

7. La disposición a favor del alma

Ciertamente el comitente podía encomendar al comisario otros encargos referentes a los sufragios por su alma, o de los parientes, que tendrían la consideración de ser *ad pias causas*, cuya extensión y cuantía vendrían sólo limitadas por la cuota forzosa en favor de los parientes. Pero esta cuestión la tratamos ya dentro de la cuestión del poder general que fue reducido por las Leyes de Toro a la significación de un testamento *ad pias causas*, como es tesis general de esta investigación.

8. Otros posibles encargos del comitente

Estudian los comentaristas otras posibles facultades que el comitente puede encomendar al comisario:

a) *Dación de tutor*: Tal posibilidad no está prevista expresamente en la Ley 31. Según López de Palacios Rubios no puede el comisario dar tutor, ya que esta facultad compete sólo al que tiene la patria potestad⁹¹. Matienzo igualmente se muestra muy estricto, aunque admite la posibilidad⁹².

b) *Encargo a otra persona para que nombre al comisario*: Puede resultar una cuestión demasiado rebuscada, pero Tello se la plantea expresamente, para negar la posibilidad de encomendar a otro el nombramiento del comisario.

⁹⁰ Véase NÚÑEZ IGLESIAS: ob. cit., p. 255. Espino de Cáceres, D., se plantea la cuestión de si el comitente que tenía en vida licencia para establecer un mayorazgo y no lo hizo, puede apoderar al comisario para constituirlo. Contesta negativamente porque en el privilegio del príncipe para la constitución del mayorazgo no se hizo mención de esta comisión, y, por tanto, no puede extenderse a la misma el privilegio (Glosa 5.^a, núm. 46, f. 334).

Manresa atribuye el considerable desarrollo del testamento por comisario a la institución de los mayorazgos familiares, conocidos ya en épocas de Alfonso X, según asegura Salazar de MENDOZA en su obra *Origen de las dignidades de Castilla*. La complicación de esta forma de vinculación hizo que fuera introduciéndose la costumbre de encomendar a personas competentes el otorgamiento de tales testamentos y que con el tiempo tal costumbre llegó a considerarse una necesidad que debieron regular las leyes y por esto se introdujo en el Fuero Real. *Comentarios al Código civil* (t. V, p. 552).

⁹¹ Ad. l. 31, LXXXVII, f. 635. Más proclive se encuentra Carpio a la posibilidad de encomendar a otra persona el nombramiento de tutor si se trata de incertus ex certis (lib. 2, cap. 20, núms. 5-9).

⁹² «... nisi specialiter concedatur commissario, non poterit tutorem nominare, quia competit iure patriae potestatis. Nihilominus tamem hoc poterit specialiter committere commissario, licet testator non nomet tutorem, ipse enim commissarius, de quo testator confidit, nominabit idoneum, ut in hac lege statuitur, licet Tellus Fernandez refregetur» (5, 4, 5, gl. 6, núm. 2, 17 v).

Tello llega a esta solución de forma análoga a la que Baldo había establecido para el ejecutor testamentario⁹³.

c) *¿Puede el comisario nombrar los ejecutores del testamento?*: No, ni sustituir al ejecutor muerto; sí puede, en cambio, elegir una entre varias personas ciertas⁹⁴.

d) *Personas a las que no puede favorecer el comisario*: El comentarista que se muestra más casuístico en este aspecto es precisamente López de Palacios Rubios. El comisario no puede disponer nada a su favor, aunque sea él precisamente el heredero *ab intestato* más próximo, a no ser que sean varios los comisarios y uno sea instituido heredero por otro⁹⁵. Tampoco puede el comisario beneficiar en nada a sus hijos⁹⁶. No puede el comisario testar en favor del hijo espurio del comitente, porque no puede una persona inhábil ser favorecida en un testamento. Ahora bien, si los hijos espurios son pobres, puede el comitente disponer en su favor por razón de alimentos. La hija espuria puede ser dotada por testamento⁹⁷.

VI. FORMALIDADES Y REQUISITOS DEL PODER PARA TESTAR

A) FORMA DEL PODER PARA TESTAR

El espíritu restrictivo de las Leyes de Toro respecto al testamento por comisario se muestra también en las formalidades necesarias para encargar el testador que el comisario otorgue su testamento. Según el artículo 39 de las Leyes de Toro, «en el poder que se diere al comisario... intervenga la solemnidad del escribano y testigos que, según las Leyes de nuestros reinos, han de intervenir en los testamentos y de otra manera no valgan ni hagan fe los dichos poderes».

Gómez interpreta que, al existir dos clases de testamentos, el poder ha de tener la misma solemnidad que el correspondiente y subsiguiente testamento (las del nuncupativo o las del *in scriptis*)⁹⁸.

⁹³ Dice Tello Fernández que: «non posse alicui dare auctoritatem statuendi quis sit executor mei testamenti...» (ad. L. 31, f. 239).

⁹⁴ Matienzo: ad Rec. 5, 4, 5. gl. 8, núm. 4, f. 117v.

⁹⁵ Ad. l. 31, LXI, f. 632.

⁹⁶ Constituyen una excepción los hijos emancipados en general o por razón de matrimonio y los hijos de primera tonsura, pues lo que se les da equivale a un peculio castrense o cuasi castrense (LXVII, f. 633). Respecto a los hijos espurios del comisario, siguiendo a Paulo de Castro y otros, admite López de Palacios Rubios la validez de la disposición en su favor, según dice (LXIX, f. 633.)

⁹⁷ Ad. L. 31, gl. LIII, LV, LVI, f. 631.

⁹⁸ «Si postea commissarius testetur nuncupative, requiritur quod habeat facultatem et commissionem sibi concessam nuncupative coram testibus legitimis et necessariis requisitis in testamento nuncupativo: si vero testetur in scriptis, requiritur quod habeat facultatem et commissionem sibi concessam in scriptis cum forma et solemnitate requisita in testamento in scriptis per nostram legem expressam» (Ad. l. 39. núm. 1, f. 113 v.).

El mismo Gómez encuentra reparos y objeciones a su postura, ya que la comisión otorgada no es testamento y última voluntad, sino un acto y disposición entre vivos y por tanto parece que

López de Palacios Rubios mantiene que, en cuanto al número de testigos para otorgar el poder no se requieren los necesarios en un testamento sino «*verius est quod tot quot in procuratione ad negotia, ut colligitur ex dicta legi regni*»⁹⁹.

Dice Matienzo: «*crederem satis esse si mandatum contineat solemmitatem testamenti nuncupative, poterit commissarius virtute talis mandati testamentum in scriptis condere*» y da varias razones, entre ellas que «*testamentum in scriptis a testatore solemniter conditum, potest revocari per aliud ultimum testamentum nuncupative coram tribus testibus*»¹⁰⁰.

No se conforma con esta opinión Llamas, con un argumento poco sólido, que parece querer compensar con el planteamiento y la resolución de dos nuevas cuestiones «que, si carecen del mérito de la solidez, tienen el de ser originales, por no haberlas tratado los comentadores»¹⁰¹. Se trata, en la primera, del testamento por poder del ciego, para el que, según Llamas, serían necesarios cinco testigos. La segunda, más casuística, se refiere al supuesto en que el comisario hubiese perdido la vista después de cometer el poder. Ahora serían necesarios sólo los tres testigos.

La cuestión es más bien académica que práctica. Los formularios consultados suelen contener un modelo de poder ante notario y tres testigos. Luego, bastó siempre la formalidad del testamento nuncupativo. El poder solía incluirse literalmente en el testamento que otorgaba el comisario.

B) ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL PODER

Otra cuestión sobre la formalidad del poder para testar se refiere a la forma del documento en que se extiende el poder. Nos referimos al estudio de la estructura diplomática de las cláusulas contenidas en el poder y aquí constatamos que la evolución de los formularios refleja fiel y paralelamente la reducción paulatina de las facultades del comisario. Se observa esta disminución del haz de poderes del comisario mediante el análisis de la estructura de las escrituras de poder. El poder para testar que en principio tenía un contenido y estilo similar a cualquier otro instrumento de poder fue adaptando su estructura y cláusulas para asemejarse a las formalidades y clausulado de un testamento.

sería suficiente la ordinaria solemnidad de dos testigos, pero él encuentra una razón sutil, muy escolástica por cierto para contraargumentarse: «*nam eadem ratio, virtus et effectus, quod. est in consequenti, dicitur esse in antecedenti eius*», que apoya en varias citas del Digesto (l.39, núm. 2, f. 113 v.).

⁹⁹ Ad. l.31, XXIX, f. 627.

¹⁰⁰ «*Immo hoc procedit, etiamsi prius testamentum coram viginti testibus sit factum...*» 5, 4, 13, gl. 1, f. 125. Y aclara él mismo, comentando el inciso final de esta ley («de otra manera no valan») que la solemnidad tanto del testamento como del poder no es requerida a efectos de prueba, sino que tiene carácter formal y sustancial «*quia, ea deficiente, est nullum testamentum*» (glos. 2).

¹⁰¹ LLAMAS...: Ad. 39, núm. 1-8, ff. 308 y 309. Si el poder se otorgó ante cinco testigos por (no) hallarse escribano, el testamento podrá otorgarse ante tres testigos y escribano, ya que dos tes-

Si nos fijamos en el formulario de finales del siglo XIV veremos esta semejanza del poder para testar con cualquier otro tipo de apoderamiento, salvo las pequeñas diferencias de estilo y cláusulas propias y específicas del objeto del apoderamiento. Es cierto que se contiene una incipiente arenga («temiendo la muerte que todo fiel cristiano deve temer que de mí podría acaescer de la dicha dolencia...»). Se contiene la institución de heredero y el nombramiento de albaceas en las mismas personas de los comisarios, pero en el resto y como hemos dicho el estilo y formulismo es igual a cualquier otro apoderamiento ¹⁰².

Por ello, teniendo en cuenta los formularios y aun los pocos testamentos y poderes anteriores a las Leyes de Toro, que he consultado, podemos afirmar que las Leyes de Toro establecieron legalmente lo que venía siendo ya una práctica y las restricciones a que sometieron el testamento por comisario las Leyes de Toro ya se habían introducido consuetudinariamente en Castilla, como decíamos antes. También se otorgaba el poder por instrumento público.

C) LA EFICACIA DISPOSITIVA DEL PODER

El poder para testar no sólo contenía y valía como un simple apoderamiento para testar, sino también tenía fuerza dispositiva sucesoria. Por costumbre se estableció que, en el poder otorgado al comisario, el comitente ya dispusiese por sí

tigos intervienen por no contar con aquél. Llamas, por tanto, da una interpretación en la cual puede suplirse el notario por dos testigos en caso necesario, contra la interpretación literal de la ley.

Espino de Cáceres, D., a la cuestión de si aquel que tiene el privilegio de testar, sin las solemnidades exigidas por la ley deberá testar sometiéndose a éstas cuando teste por comisario, contesta afirmativamente por la aplicación de la regla del derecho, según la cual el privilegio personal no pasa a otra persona (Glos. 5, núm. 45, ff. 333 y 334).

Como dice Núñez, según algunos intérpretes tardíos, el comisario no podía hacer testamento cerrado, ya que con la muerte del poderdante desaparecían los motivos para mantener secreta la última voluntad y, si se hacía, debía abrirse inmediatamente el testamento (pp. 257 y 258).

¹⁰² Si examinamos la fórmula de poder para testar que incluye PALOMARES en su *Nuevo estilo de Escrituras...*, la arenga inicial ya se ha desarrollado; a semejanza de un testamento, se contiene una protestación bastante extensa, indicación de iglesia para ser enterrado, misas, sufragios, nombramiento de albaceas, institución de herederos, etc. (pp. 81 y 82).

Es cierto que la fórmula de Argüello es más sencilla y exenta prácticamente de arenga. Pero De la Rípa y otros autores de formularios vuelven a incluir en sus fórmulas, protestación de fe, etc. (p. 55), y unas cláusulas bastante minuciosas que apenas dejan margen al ejercicio de facultades por parte del comisario a la hora de otorgar testamento; este autor, ya de comienzos del siglo XVIII, incluye una fórmula en la que prácticamente dispone todo el poderdante; sólo le queda al comisario declarar y pagar las deudas y demás cosas del descargo de la conciencia del comitente, «haciendo las mandas, legados y declaraciones y señalamiento de sufragios que yo le tengo comunicado, no obstante que aquí no van declarados y valgan como si hiciera especial mención...» (p. 153). Lo explícito de la cláusula ahorra los comentarios.

Un extensísimo y minucioso poder para testar otorgó Jovellanos en el Castillo de Bellver, donde estaba prisionero, comisionando a su sobrino D. Baltasar, el 2 de julio de 1807. Tal es el cúmulo de disposiciones que poco más que ejecutarlas correspondía a su sobrino, que era nombrado al mismo tiempo su heredero.

Está recogido en sus *Obras publicadas e inéditas*, pp. 274-284, y lo reproduce NÚÑEZ IGLESIAS en su obra, como apéndice núm. 18, pp. 443-456.

mismo sobre determinados asuntos. Poco a poco las determinaciones más importantes se las fue reservando el testador, tales como nombrar heredero y ejecutores. Legalmente *Las Partidas*, como hemos visto, exigen el nombramiento del heredero por el comitente. Tanto por la regulación legal restrictiva como por la voluntad del comitente, que cada vez disponía más ampliamente, el campo de decisión del comisario se fue reduciendo. En consecuencia, las cláusulas y disposiciones contenidas en el poder se consideraban como testamento y voluntad última del difunto, porque si el comisario no cumple lo ordenado, lo dispuesto en el poder «sea habido como si el tal comisario lo ficiese o declarare» (art. 33).

Algunos autores de formularios ya prevén que el comisario no otorgue testamento por cualquier circunstancia y en este caso el poder tendrá pleno valor de última voluntad¹⁰³.

Atribuida eficacia y valor de testamento al poder, surgen algunas cuestiones. Tello Fernández se plantea si «testamentum commissarii et defuncti an dicatur unum testamentum». En Derecho romano, sólo el soldado podía morir con dos testamentos. Como el poder-testamento del *de cuius* y el del comisario no pueden considerarse dos testamentos, porque tal suposición se opone también a nuestro derecho, por lo tanto han de considerarse un solo testamento. Como no se exige en nuestro derecho unidad de acto, puede empezar el testamento una persona y acabarlo otra. La comisión «solum sit in id quod testator non provisit».

Valdrán las dos disposiciones contenidas en ambos instrumentos notariales si no son contradictorias y ambas se complementan, pues la prohibición de que una persona no tenga dos testamentos sólo procede respecto de la institución de heredero, pero no de los legados y el resto de las otras disposiciones. De la validez del poder como testamento en todo caso no cabe dudar: «testamentum primum defuncti valet, etiam in commissione non confirmetur» nos dice Tello¹⁰⁴.

D) EXTINCIÓN DEL PODER

Carpio ha tratado extensamente las causas de la extinción del encargo hecho al comisario y señala que se extingue «ex quibus causis mandatum fini-

¹⁰³ Dice De la Ripia: «y caso que por cualquier accidente no haga el dicho testamento (el comisario) por muerte o por no querer o no poder o por otra razón, valga lo aquí expresado como mi testamento y testimonio de última voluntad» (p. 154).

Con anterioridad a las Leyes de Toro en algunos instrumentos notariales *poder* y *testamento* son sinónimos: «por ende sepan quantos esta carta de *poder e testamento* vieren, como yo doña Leonor de la Vega... e por esta carta de poder e testamento que agora fago e otorgo»... 14 de agosto de 1432 en PÉREZ BUSTAMANTE, R.: *La villa de Santillana. Estudios y documentos*, Fundación Santillana, 1984, pp. 263-271.

Sebastián Herrera Barnuevo otorga poder a su esposa, Francisca de Seruela; en él dispone sobre su enterramiento, albaceas, herederos... (Madrid, 21 de marzo de 1671). Cuando su esposa otorgue el testamento, las cláusulas comienzan: «item fue su voluntad... item me encargó...», MATILLA TASCÓN, A.: *Testamentos de 43 personajes del Madrid de los Austrias*, pp. 233-235.

¹⁰⁴ Ad. l. 34, núm. 1, ff. 238 y 239. El mismo argumento utiliza Tello para razonar que el comisario no puede revocar el testamento que ha hecho en nombre de su comitente, pues se considera que es el propio testamento de éste, ad. l. 35, núm. 2, ff. 239 y 240.

tur, seu revocatur», enumerándolos luego singularmente, que, en resumen de Núñez Iglesias, son las siguientes: muerte del apoderado, revocación expresa o tácita, sufrir cierto tipo de pena, enemistad sobrevenida, impedimento o locura del comisario, revocación del cargo por sospecha, transcurso del plazo para ejercerlo¹⁰⁵.

E) LA POSIBLE IRREVOCABILIDAD DEL PODER

Constituye una causa de extinción del poder su revocación expresa o tácita. Pero, ¿puede el poderdante renunciar válidamente a su derecho de revocación y vincular su voluntad de forma inquebrantable?

La doctrina de los comentaristas de las Leyes de Toro no plantea, o no ha sabido encontrar, esta cuestión. Pero, por rebuscada que pueda parecer la posibilidad de renunciar a la revocabilidad, está prevista en la fórmula para testar de finales del siglo XIV, que ya hemos mencionado «e prometo e otorgo de no ir ni venir por mi ni otro contra ello ni contra parte de ello en ninguno tiempo ni por alguna manera so obligación de todos mis bienes muebles e rayses avidos e por aver»¹⁰⁶.

Al leer la fórmula notamos que el testador se obliga a estar y pasar por todo lo que haga el comisario pero no renuncia directamente a la facultad de dar otro poder y anular el anterior. Entiendo que de forma indirecta se renuncia a la posibilidad de revocar el poder para testar que ha otorgado. Se entiende que el compromiso de no ir ni venir ni en todo ni en parte contra lo que decida el comisario carecería de toda eficacia si el testador diese nuevo poder a otra persona. ¿Es válida tal renunciación? Creo que no; porque atenta contra uno de los principios básicos del Derecho Romano y Común de sucesiones, condensado en el aforismo o sentencia *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (D. 34,4,4).

Y aun admitiendo que fuera válida la renuncia, ¿quién podría exigir al comitente de estar y pasar por lo que haga el comisario si quebranta su compromiso de no ir contra lo que haga éste? Ni desde la teoría y ni la práctica tal cuestión se planteaba y la inclusión de la cláusula de pasar por lo que haga el comisario no tiene mucho sentido.

En primer lugar, el comisario no puede hacer testamento en virtud del poder, antes el fallecimiento del comitente; no lo preceptúan expresamente las Leyes de Toro, pero así se deduce de su interpretación sistemática por la doctrina. Véase el apartado siguiente, en que se trata del cómputo del término para

¹⁰⁵ Carpio, lib. 4, cap. 1.º, glos. 1 ss. Expresamente se ocupa de la extinción por enemistad sobrevenida, Espino de Cáceres (gl. 37, f. 331). NÚÑEZ IGLESIAS: ob. cit., pp. 268-270.

¹⁰⁶ También algunos poderes otorgados contienen una fórmula de irrevocabilidad en términos semejantes: «me obligo de estar e pasar por todo lo que vosotros fizieredes e ordenaredes e de no yr ni venir contra ello so obligación de mis bienes muebles e rayses avidos e por aver que por todo ello expresamente obligo por firme obligación e solemne estipulación...» (Poder de Simón de Hoyos en Cuenca, 10 de agosto de 1505, A.H.P. C-2). Igualmente, los poderes para testar de Alonso Gutiérrez de 18 de diciembre de 1505 y de Pedro Barranco de 20 de junio de 1505, A.H.P. C. 2.

hacer testamento el comisario. Los comentaristas mantienen que se ha de comenzar a contar desde la muerte del comitente o después.

En segundo lugar, el testador encomienda a otra persona que teste por él ante la imposibilidad de hacerlo por sí mismo, generalmente a causa de enfermedad. Desaparecido el impedimento o recobrada la salud, el comitente puede volver a testar por sí mismo, aun sin revocación expresa del poder. Este supuesto habrá de entenderse como un caso de revocación tácita del poder.

Finalmente, el compromiso de no ir y venir contra lo que haga el comisario no puede desplegar efectividad alguna en ningún momento. Durante la vida del testador hemos visto que puede hacer por sí testamento y el poder quedaría sin efecto y después de muerto; ¡al comitente no le será fácil quebrantar su compromiso!

En la práctica, el compromiso del comitente de no ir contra lo que dispone el comisario resultaba inútil, porque éste no hará testamento antes de que fallezca el primero. ¿Cómo puede alguien después de su muerte ir contra lo que haga la persona apoderada? En la práctica no tenían lugar ni se planteaban tan alambicadas cuestiones. Una persona daba poder a otra para hacer testamento y mientras vivía iba dando instrucciones y comunicando su voluntad al comisario, para que después las reflejase en el testamento ante notario, una vez fallecido el poderdante.

VII. PLAZO DEL COMISARIO PARA CUMPLIR EL ENCARGO

Tres plazos diferentes señala la Ley 33 de Toro. Si el comisario se encuentra en la ciudad, villa o lugar donde se le dio el poder, dispone de cuatro meses; si está ausente, pero «dentro de estos nuestros reinos, no tenga ni dure su poder más de seis meses»; un año se señala de plazo, si se encuentra fuera de los dichos reinos.

La interpretación más flexible es defendida por Cifuentes, que, comentando la Ley 31 de Toro, no la 33, sede de la materia, dice que «Commissarius potest testare nomine defuncti etiam si iam sunt preteriti plures anni, dum tamen nomen heredis sit per defunctum expressum, alias secus»¹⁰⁷.

En primer lugar, cabe señalar el error en que incurrió Gómez¹⁰⁸ a la hora de comentar esta ley; al confundir los plazos del ejecutor testamentario y del comisario, defiende que los plazos concedidos al ejecutor testamentario, contenidos en Las Partidas (6-10-6) se han de ajustar a lo establecido en las Leyes de Toro que derogarían en este punto a aquéllas. Esta confusión fue señalada por Matienzo y otros¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ad. L. 31, summaria 1... «dum modo ille qui talem potestatem concessit, illam non revocavit vel si non fecit aliud testamentum» (núm. 1).

¹⁰⁸ «Ubi habetur quod regulariter executor testamenti habet annum ad implendam voluntatem defuncti, tamen hodie habet tempus contentum in ista lege» (ad. l. 33, gl. 1, f. 236).

¹⁰⁹ Ad Rec. 5, 4, 7. glos. 2 «Commissarius difert ab executore, etiam in praefixione termini» (summaria). Carpio, lib. 3.º, cap. 1 núms. 5 ss. Por ello esta ley, que se refiere sólo al comisario, no deroga lo que disponen *Las Partidas* (6, 10, 6) sobre el ejecutor testamentario.

Trataba esta ley de evitar los abusos que el comisario podía cometer al demorar indefinidamente el encargo. De ahí la concesión de un plazo improrrogable para cumplirlo «aunque diga y alegue que nunca vino a su noticia».

Dos cuestiones se plantean los comentaristas: forma de computar el plazo y si el testador puede señalarse otro más corto o más largo.

Respecto a la primera cuestión, Tello señala¹¹⁰ «tempus currit ei ab hac lege praefinitum a die mortis», y no cabe alegar ignorancia: el plazo es, por tanto, preteritorio y no se puede ampliar o prorrogar. No puede purgarse la mora como se dice en la época, y lo reconocen Gómez¹¹¹, López de Palacios Rubios¹¹² y Matienzo¹¹³, apoyando su tesis en varias leyes del Digesto.

Respecto a la segunda cuestión, reconocen casi todos los comentaristas que, dado que el plazo se ha dado en beneficio del testador, éste puede ampliarlo o limitarlo, según su voluntad, y lo mismo mantienen los autores de formularios (109)¹¹⁴.

¹¹⁰ Señala Tello otros posibles términos *a quo*. Uno se computaría desde el momento de adir la herencia, pues antes se prohíbe la ejecución del testamento. Otro correría *ex die monitionis a iudice facta* (según Imola, Abbas, Baldo). TELLO dice «proclivior sum a morte testatoris» (Ad. l. 33, núm. 1-4, f. 235).

¹¹¹ Aunque en cualquier acto puede purgarse la mora, en este caso concreto entiende Gómez que no procede. En primer lugar, porque así lo expresa y determina la ley. En segundo lugar porque, cuando en algún acto o disposición se señala término y pena, «nunquam habet locum purgatio morae», según se desprende de algunos pasajes del Digesto y del Código. Finalmente, tampoco puede purgarse la mora «quando executio est facta a lege et privat unum aliquo iure et transfert in alium...» (ad. l. 33, gl. 3), F. 111. De la misma opinión es López de Palacios Rubios, Ad. l. 33, gl. III, f. 640.

¹¹² «Mora commissarii vel executoris non potest purgari» (ad. l. 33, gl. VII, f. 640).

¹¹³ «More purgatio non admittitur ubi est apposita dies et poena, secus de iure canonico quod servandum est in hoc regno» (ad Rec. 5, 4, 7 glos. 2, f. 120 v.). «Morae purgatio non admittitur quoties executio fit ab ipsa lege privante unum et admittendum ob negligentiam alium». Tampoco puede tener lugar la restitución «por razón de menor edad por no admitirse cuando no es beneficio y utilidad del que la pide, sino de un tercero, que debe imputarse así al haber dado la comisión o el encargo a una persona poco solícita y diligente», como dice Llamas. Ad. l. 333, gl. 3, p. 298.

¹¹⁴ Por ejemplo, Gómez dice: «teneo quod sic, quia plena et libera potestas et facultas testandi est sibi a iure concessa et per consequens modum, conditionem et tempus apponere» (ad. l. 33, glos. 3, f. 110).

De la Rípiá: «... aunque sean passados los términos que las leyes de estos reinos le conceden...» (p. 152). Según Cifuentes, el comisario puede estar en nombre del difunto, aunque hayan pasado muchos años, si el nombre del heredero ha sido expresado por el difunto, siempre que no haya revocado tal poder, ni haya hecho testamento, ad. L. 30, núm. 2.

Felipe Sánchez: «nos conferimos el uno al otro poder suficientes... dentro y fuera del término de la ley» (p. 304). Febrero: «... formalice y ordene dentro o fuera del término legal su testamento y última voluntad...» (p. 194), que es la misma expresión que usa Zarzoso.

Es de opinión contraria BENITO GUTIÉRREZ quien mantiene que el testador debería sujetarse a los mismos plazos, pues «es sin duda una oficiosidad suponer que se han establecido en su beneficio y no en el de los herederos, especialmente interesados en que se eviten odiosas incertidumbres y que de una vez se fijen y sean conocidos sus derechos», y, como reconoce que los autores sostienen opinión distinta, dice que le cuesta poco sacrificarles la suya. *Códigos o estudios fundamentales sobre el D. civil español*, t. 3, pp. 215 y 216).

También habría tenido que sacrificar su opinión a la práctica seguida si Benito Gutiérrez hubiese consultado a los «prácticos» y autores de formularios, algunos de los cuales recogen la cláusula por la que el testador dispensa al comisario de tener que cumplir el encargo dentro del plazo concedido por la ley.

VIII. EFECTOS EN EL SUPUESTO DE QUE EL COMISARIO NO OTORGARE EL TESTAMENTO

¿Qué ocurría si el comisario no otorgaba el testamento? Matienzo, el comentarista que más se ha detenido en comentar la Ley 33, entiende que el comitente murió testado, aun respecto a la institución de heredero, aunque aquél no lo nombrara ni encargara a otra persona su nombramiento, porque se entiende instituido aquél que había de suceder si el testador muriese *ab intestado*¹¹⁵.

La opinión de Matienzo no convence a Llamas, que se dedica a desmontar detenidamente su argumentación. Si el testador, ni por sí ni por comisario, ha hecho testamento es dogma legal que muere *ab intestato*. Afirma Matienzo que, si el testador no nombró heredero ni tampoco lo hizo el comisario autorizado, se presume que quedó instituido aquél que había de suceder *ab intestato*. Para Llamas esta afirmación contiene el mayor absurdo y contradicción. Esta presunción se opone al derecho común y en concreto a *Las Partidas* (6, 3, 11) que obligan al testador a indicar por su nombre y de forma clara al heredero. No hay, por tanto, como defiende Matienzo, una institución de heredero por presunción. No hay un *tertius genus* entre el heredero *ex voluntate hominis* y el *ex voluntate legis*. No existe la institución de heredero por presunción.

Matienzo mismo incurre en contradicción con lo defendido en el comentario a la Ley 33, cuando señala las consecuencias de la inactividad del comisario, tal como se contiene en el artículo 36: «los tales bienes vengán derechamente a los parientes del que le dió el poder, que avien de heredar sus bienes *ab intestato*...»; aunque las palabras usadas aquí son diferentes de las recogidas en el artículo 33, su sentido y alcance es el mismo. Y añade Llamas: «Por último, también se persuade la falsedad de la opinión de Matienzo por la misma ley que intenta exponer, pues en ella se ordena que para que se tenga por hecho lo que el testador mandó, aunque el comisario no otorgara el testamento, debía haberlo mandado el testador señalada y detenidamente, y pone por ejemplo el señalamiento de la persona del heredero. Si era, pues, necesario, según la misma ley, que el testador señalase la persona del heredero para que éste lo fuese en realidad, ¿cómo se había de tener por tal el que sólo tenía a su favor la presunción?. En estos absurdos se incurre cuando se pretende singularizarse o sutilizar más de lo que conviene»¹¹⁶.

Los efectos de la inactividad del comisario son diferentes según se trate de un poder general o del poder especial. En el primer caso, la solución legal es muy clara y no requiere más detención: se abre la sucesión intestada. Mayor complejidad encierra el supuesto de poder especial: «Pero lo que el testador le mandó señalada e detenidamente, señalando la persona del heredero o señalando cosa cierta que había de hacer el comisario... sea habido como si el tal

¹¹⁵ Ex his verbis clare deducitur testatorem testatum decessisse...» (L. 5, 4, 7; gl. IV, f. 120).

¹¹⁶ Llamas... (ad. Ley 33, glos. 12, ff. 299 y 300).

comisario lo ficiese o declarase». Artículo 33. Para desentrañar el sentido y efectos de esta parte final de la Ley 33, sigue aquí Llamas la argumentación en general de Tello Fernández, si bien lo rebate en alguno de los supuestos que éste distingue. Está claro que en el caso de nombramiento de heredero no hay problema: el comitente ha señalado en el poder quién es el heredero y, tanto si el comisario hace testamento como si no, el heredero quedará instituido como tal, en virtud de su nombramiento en el propio poder que a estos efectos tiene el valor de un testamento. De esta ley podía inferirse que esta solución se ha de aplicar a otras cosas que el comitente señalase que había de hacer el comisario, pero la analogía no es tan evidente. Señala Tello, a modo de ejemplo, la mejora. Si el testador ordena mejorar a alguno de sus hijos y el comisario no otorga testamento, ninguno de los hijos se entiende mejorado. Si todos resultan mejorados por la inactividad del comisario, ninguno es mejorado en realidad. La mejora es título de comparación. La misma solución se aplica si el comitente sólo tiene nietos. Llamas se conforma con la solución de Tello.

Comienzan a surgir las dificultades si el testador tenía hijos, nietos o biznietos y dio facultad al comisario para que mejorase a uno de sus nietos o biznietos. Tello entiende que todos estos han de ser mejorados si el comisario no hace testamento¹¹⁷.

Aún pasa Tello a un caso más dificultoso que el anterior. Se trata del supuesto en que la comisión se hiciese extensiva para mejorar a uno de los descendientes del testador, bien fuese hijo, bien nieto o biznieto. Resuelve Tello que deben entenderse mejorados todos los hijos que constituyen el primer grado¹¹⁸.

Vemos cómo la doctrina ha cuestionado fundadamente la virtualidad de lo dispuesto en la parte final de la Ley 33 de Toro.

¹¹⁷ La posición de Fernández Tello, ad. l. 33, 5, núm. 5, ff. 236 y 237, alega en su apoyo la Ley 77, parr. Rogo 25 de *legatis II* (D 31.77, 26). Para Tello la mejora ya estaba hecha y sólo faltaba que el comisario designase la persona en quien debía recaer; si no lo hacía, todos se entendían mejorados (ad. l. 33, núm. 5 ss. ff. 236 y 237). No está de acuerdo Llamas con esta solución: la voluntad del testador era que se mejorase a uno sólo y la solución propuesta por Tello contraviene claramente la voluntad del testador. Por otra parte, se contradice Tello con la solución propuesta en el supuesto de que se tratase de una mejora entre los hijos, donde, no eligiendo el comisario, se entendía que no existía tal mejora. Por otra parte, el texto del Digesto invocado por Tello se refiere a un supuesto distinto en que el testador dejó un fideicomiso a una madre para que lo distribuyese entre sus hijos, según el mayor o menor mérito que hubiesen contraído con ella (Llamas, ad. l. 33 gls. 14-18, f. 300).

¹¹⁸ Entiende Llamas, que tal solución traiciona también la voluntad del testador (ad. l. 33, gl. 20, f. 31). Benito Gutiérrez opina que no es equiparable la solución en caso del heredero y de los otros supuestos: «dudamos que sea posible esa igualación: que el instituido heredero lo sea, aunque el comisario no le nombre, es natural; porque el poder que, por cierto, ha de tener la solemnidad del testamento, puede hacer muy bien sus veces; pero el comisario a quien se da facultad para desheredar o mejorar no tiene más que la elección. ¿Y quién se presume desheredado o mejorado, si él no lo declara? Nadie: como el testador en el acto de traspasar al comisario dicha facultad no le indique juntamente el nombre del desheredado o mejorado». ob. cit., t. 3.º (p. 216).

IX. PROHIBICIÓN DE REVOCAR EL COMISARIO EL TESTAMENTO DEL COMITENTE SIN PODER ESPECIAL PARA ELLO

Gómez Arias exprime un sutil comentario de la Ley 32. En primer lugar aclara que si el comisario, sin especial poder no puede testar; *a sensu contrario*, tampoco puede revocar sin especial poder el testamento ya hecho. Pero, si media ese especial poder, la revocación tendrá como fin el que se haga un segundo testamento, o revocar el testamento y que el comitente muera intestado. En el primer caso, el comisario no puede hacer testamento sin la previa institución del heredero por el comitente. Si el poder sólo tiene virtualidad para revocar y los herederos instituidos no son los parientes más próximos, la sucesión *ab intestato* favorecerá a los más próximos; si lo eran éstos, a ellos mismos revertirán los bienes por *ab intestato* con lo que se resuelven las dificultades de la aplicación de esta ley¹¹⁹.

En relación con la Ley 32 entiende Llamas que «a primera vista parece ociosa la disposición de la presente ley, a causa de que o el que dio el poder para testar tenía ya hecho el testamento o no. Si lo primero, era escusado que diese poder para testar, porque la facultad de dar poder para hacer testamento se concede, según la Ley 31 de Toro, cuando el que lo ha de hacer o no quiere o no puede hacerlo por sí, y en el caso presente ya lo tenía hecho, y de consiguiente era escusado el poder para hacerlo, verificándose, que el testador no sólo pudo, sino que quiso hacer su testamento. Si no lo tenía hecho era inútil que se le prohibiese al comisario revocarlo en parte ni en todo».

Sin embargo, sigue exponiendo Llamas que la decisión de la ley fue «prudente y arreglada». «Si el que dio el poder para testar no tenía hecho testamento, no tiene nada de extraño que diese poder a otro para hacerlo; si posteriormente mudó de voluntad y quiso hacer su testamento por sí, nada tiene de extraño que el comisario no pueda revocar el testamento, pues el poder era para testar no para revocar el testamento ya hecho; y, habiendo cesado la causa que motivó el poder (no querer el testador hacer el testamento por sí), debe también cesar el efecto»¹²⁰.

¹¹⁹ GÓMEZ ARIAS: *Subtilissima...* Ad. L. 32, número único (no hay foliación en esta obra).

¹²⁰ Ad. l. 34. gl. 1, 2 y 3 f. 301 y añade LLAMAS en la gl. 4: «Si el testador tenía hecho su testamento cuando dió el poder para testar, dispone la ley que este poder ningún efecto tenga, a no ser que en él expresamente se le conceda al comisario facultad para revocarlo en todo o en parte, lo que tampoco tiene nada de irregular, pues así como después de dar el poder puede el que lo dio variar de voluntad y ordenar por sí su testamento, como se ha visto, del mismo modo puede el que ya tenía hecho su testamento mudar de voluntad y dar facultad al comisario para que lo pueda revocar». (f. 301). También BENITO GUTIÉRREZ justifica el precepto: «Siendo posible el caso de la ley, su resolución, aunque al parecer inútil, era necesaria. Pero el poder que se confiriere a un comisario después de haber hecho testamento, o carecía de objeto, o implicaba su revocación; ¿era legal, podía sostenerse esa presunción? Así lo persuaden los siguientes motivos: 1.º cuando el testador comete a otro la licencia y facultad de testar por él, da bien a entender que lo hace porque quiere apartarse de su primera voluntad; 2.º natural era presumir que la persona autorizada para ordenar o disponer un acto, lo estaba para revocar otro hecho anteriormente, 3.º el distracto y revocación de un acto es de la misma naturale-

Después de asentada la congruencia de la ley, pasemos a considerar la razón de la misma ley. Gómez¹²¹ dice que no es otra que, así como se necesita especial poder para testar, se necesita el mismo poder para revocar el testamento. Le siguen casi todos los comentaristas, excepto Tello que siempre tiende a singularizarse. El testamento se confirma por la muerte del que lo hizo y como la virtud o efecto de la comisión comienza después de la muerte del que dio el poder, resultaba claro que el testamento estaba perfectamente concluido y confirmado; por lo que no puede revocarse, sin poder especial para ello¹²².

López de Palacios Rubios destaca que siempre prevalece la voluntad del comitente¹²³.

Con todo en la vida real, y no en las disquisiciones de los comentaristas, se cerraba ese portillo a la posible incongruencia en el caso de que el testador hubiese hecho ya testamento y diese poder a un comisario para testar, resultando el poder sin efecto, si no contenía facultad expresa para derogar cualquier testamento anterior del poderdante.

Sin duda alguna, en la mayoría de los casos el testador no habría testado, cuando apoderaba a otro para hacerlo en su nombre, pero en el caso que el testador ya lo hubiese hecho con anterioridad, la incongruencia no se producía en la realidad, pues la totalidad de los formularios contienen una cláusula en el poder para testar, autorizando a revocar las disposiciones testamentarias anteriores¹²⁴.

za y cualidad que el contrato y ordenación del acto mismo: 4.º de igual forma y cualidad que es la comisión por primero y segundo decreto, es y debe ser su revocación», *ob. cit.*, tomo 3.º, p. 217.

¹²¹ «Commissarius cui est concessa facultas testandi pro aliquo non potest eius testamentum revocari» porque la misma solemnidad se requiere para realizar un acto como para rescindirlo y, así como se requiere especial poder para testar por otro, se precisa igual facultad para revocar un testamento ya hecho y el nombramiento de un heredero (Ad. L. 34, f. 112).

¹²² Recoge Tello la fundamentación de Castillo: el comisario es procurador del poderdante y, por tanto, no puede revocar el *factum domini*, siguiendo a Baldo, tal como hacen también López de Palacios Rubios y Gómez Arias. Para TELLO: «sed haec ratio non habet saporem». El testamento es «voluntas iusta defuncti, cuius effectus deambulatorius est usque ad mortem... post mortem immutabile est, eo quo soli ei qui confecit permissa est revocatio», si no el testamento dependería después de la muerte del testador de la voluntad de otro. Si se comete a uno que haga algo de nuevo, no se le comete para que destruya. Son contrarios hacer y destruir (Ad. l. 34, gl. 1, f. 238).

Para Llamas la ley contiene dos partes:

Primera. El poderdante para testar no puede revocar el testamento ya hecho porque el poder se da cuando el testador no quiere o no puede hacerlo; y si lo ha hecho han faltado los dos extremos (no poder o no querer); por tanto los poderes no tienen efecto, además que siendo el poder un remedio subsidiario, no se puede acudir a él cuando se produce el ordinario.

La segunda parte constituye una excepción, si el testador al hacer testamento, ya manifestó su voluntad de testar por sí mismo cuando lo hizo, es necesaria su voluntad expresa de que ha cambiado su decisión para que el comisario pueda revocar el testamento «porque una voluntad expresa no se destruye por una tácita» (p. 302).

¹²³ «Concurrentibus autem facto domini et procuratoris contrario, praevallet factum domini, hinc est quod si dominus facit procuratorem ad renunciandum et antequam procurator renunciaret, dominus renunciavit: valet renuntiatio, quanquam postea procurator renunciaret» (Ad. l. 34, II, f. 641).

¹²⁴ «y para que revoque, que yo desde luego revoco, anullo y doy por ningunos y de ningún efecto y valor todos los testamentos, mandas y codicillos y otras disposiciones, que pareciere aver yo hecho y otorgado desde todos los tiempos...» (PALOMARES, f. 81 v).

X. PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE REVOCAR EL COMISARIO EL TESTAMENTO QUE HUBIERE OTORGADO EN VIRTUD DEL PODER

La Ley 35 prohíbe de forma absoluta al comisario revocar el testamento que ya hubiese hecho en virtud de poder, «aunque se reserve en sí el poder para lo revocar o para añadir o menguar o para facer codicillo o declaración alguna»¹²⁵. La rotundidad del texto de la ley impone la unanimidad de la opinión entre los comentaristas de las Leyes de Toro, que se dedican a averiguar las razones que movieron al legislador a establecer este precepto.

Gómez encuentra el fundamento de esta ley en la analogía con la situación del juez que, una vez pronunciada la sentencia, no tiene facultad para cambiarla o corregirla¹²⁶ y a semejanza también del comisario para elegir alguna cosa que, una vez haya hecho la elección, tampoco puede alterar su decisión; salvo si el primer testamento es nulo, en cuyo caso el comisario puede otorgar otro válido¹²⁷.

Tello comenta ampliamente este artículo, y mantiene que, como el testamento hecho por el comisario lo es realmente del primero, el comisario no puede cambiarlo una vez muerto aquél¹²⁸.

También Llamas estudia detenidamente el artículo 35 de las Leyes de Toro y resume la opinión de Gómez y Tello¹²⁹.

«... y por él revoco otros qualesquier codicilos, legados que aya hecho, de escrito, de palabra y en otra manera, para que no valgan ni hagan fe...» (ARGÜELLO, pp. 56 y 57).

... y revocó y anulo y doy por ningunos, y de ningún valor y efecto qualesquier testamentos, cobdicilos, poderes para testar y otras qualesquiera disposiciones que tengo hechas... (DE LA RIPIA, p. 154).

Y en términos parecidos se expresan los restantes autores de formularios.

¹²⁵ «Commisarius, facto semel testamento, non potest codicillos etiam, ad pias causas facere». MATIENZO, Ad Rec.: 5, 4, 9, gl. 2, f. 122 v, de acuerdo con la ley 33 de Toro.

¹²⁶ Alega GÓMEZ algunos textos del Digesto «ubi habetur et disponitur quod iudex ordinarius delegatus vel arbiter postquam semel sententiam dixit et pronunciavit, non potest illam mutare vel alterare» (ad. l. 35, gl. 1, f. 112).

¹²⁷ «... commissarius cui est commissio electio non potest variare; si tamen nulliter fecit, et non secundum formam a lege vel defuncto sibi traditam, potest revocare et aliud perfectum et validum facere» (ad. L. 35, f. 112).

¹²⁸ (ad. l. 35, ff. 239 ss.) Respecto a si el comisario puede otorgar nuevo testamento, en el caso de que el primero no sea válido difiere de la argumentación y textos legales en que se han basado otros comentaristas, aunque acaba admitiendo tal posibilidad, si bien apoyado en otros fundamentos: la comisión se entiende siempre otorgada para un acto válido, por tanto no se entiende consumida la facultad y poder en un acto nulo (gl. 3, f. 241).

No obstante, CIFUENTES admite que el comisario puede revocar el testamento, ya otorgado, si no lo hizo según la forma que le fue prescrita por el comitente o testador, y en consecuencia puede otorgar otro (Ad. L. 36. Glos. única). Doce razones encuentra GÓMEZ ARIAS para apoyar la negativa a que el comisario pueda revocar lo que hubiese dispuesto por testamento. Entre otras, que el comisario al hacer el testamento, da cumplimiento a la voluntad del comitente de instituir una persona; tal fin se quebraría si pudiese revocar el testamento (núm. 1); las comisiones son «stricti iuris», por tanto, no pueden extenderse (núm. 7).

¹²⁹ Para Llamas es ésta una «especie de cuestión más bien de lujo que de utilidad» y mantiene que «lo que no se puede dudar es que el poder para testar no lo es para revocar el testamento, así como el poder específico para comprar no se entiende para poder vender» (Ad. L. 35, g.º 4, p. 302).

XI. UTILIDAD Y FUNCIONES DEL TESTAMENTO POR COMISARIO

Cabe preguntarse por la utilidad de esta institución en el derecho castellano que exige una duplicación de instrumentos notariales, una vez que las Leyes de Toro establecen que la solemnidad del poder para testar sea la misma que la que se requiere en los testamentos mismos. Ya podía dudarse de la necesidad y utilidad del testamento por comisario, al señalar la ley tantas limitaciones a las facultades que pueden otorgarse al apoderado. Parece que la prescripción de exigir escritura de poder ante notario podía ser decisiva para que llegaran a convencerse los castellanos de la inutilidad del testamento por comisario, ya que era previsible que la práctica y costumbres de los castellanos lo enviarían a las páginas de la historia. No fue así y la institución estuvo «viva» hasta su desaparición formal con la promulgación del Código Civil (1889). Sería difícil ahora determinar si a partir de las Leyes de Toro, el testamento por comisario sufrió cierto retroceso en su práctica. Cuestión ésta que no podemos contestar categóricamente, aunque aventuramos a afirmar que si la institución fue perdiendo vigor, lo hizo de forma muy paulatina¹³⁰.

Si el comisario tuviese facultad para revocar sin ánimo de otorgar un segundo testamento, sería un manifiesto absurdo.

Y no puede hacerlo aunque se reserve para sí el poder de hacerlo, porque, como comenta ÁLVAREZ POSADILLA, la reserva es nula porque la facultad que tenía «no era suya propia, como es la que cada uno tiene de disponer de sus bienes, sino comisionada de otro; y así, como ajena, nada puede de ella reservarse y sí sólo usarla en la forma que el dueño se la comisionó» (p. 202).

Como añade Llamas, nadie puede reservarse lo que ha gastado y consumido (gl. 5, f. 303).

La misma prohibición respecto al testamento se extiende a las demás cosas que expresa la ley como son añadir o menguar el testamento, hacer codicilo o declaración alguna (gl. 6, f. 303).

Se entretiene finalmente Llamas, siguiendo y resumiendo a Tello y Sarmiento, en dilucidar si es posible aplicar por analogía lo dispuesto para el caso del testamento de un obispo, que puede testar cuantas veces quiera cuando el Papa le haya concedido tal licencia o el caso de una persona a quien el Rey ha autorizado a fundar un mayorazgo. Apoyándose en la glosa núm. 1 de Gómez, dice que estamos en un supuesto diferente, pues «el comisario ni hace el testamento en su nombre ni para su propia utilidad, con cuya exposición quiso dar a entender que cuando por el superior se concede a un súbdito la facultad de hacer alguna cosa que le estaba prohibida, como por aquella facultad se remueve y quita el estorbo que le impedía la ejecución del acto, queda en su natural libertad y, por consiguiente, si la cosa era por su propia naturaleza reiterable, la puede revocar y variar cuantas veces quiera...». «No sucede lo mismo en nuestro caso pues, por el poder para hacer testamento, no se removió algún impedimento legal que hubiera el comisario, sino que se le confirió una facultad que nunca le había correspondido» (gl. 7, 8, 9, f. 303).

Finalmente añade LLAMAS que si el testamento que otorgó el comisario «es nulo por algún defecto, puede otorgar otro sin que se entienda que revoca el primero, pues lo que es nulo no se puede revocar» (Ad. L. 35, gl. 10, f. 303).

Dice bellamente Benito GUTIÉRREZ: «Como el testamento de un comisario es el eco postremo de la palabra de un difunto, parece justo que se recoja y selle de una vez para no alterarla ni cambiarla más» y añade: «La prohibición subsiste a pesar de todas las reservas del comisario, porque no tiene en su mano dar a la voluntad la condición precisa para que sea revocable, hacerla ambulatoria», *ob. cit.*, tomo 3.º (p. 218).

¹³⁰ Cierta rigor y arraigo, debía de mantener el testamento por comisario cuando todavía en el proyecto de Código Civil de 1836 mantenía esta forma especial de testamento, reproduciendo casi al pie de la letra los artículos de las Leyes de Toro sobre este testamento.

A nuestra afirmación de que no se redujo significativamente el porcentaje de españoles que elegían esta forma de testar después de las Leyes de Toro, puede salir al paso un contradictor. En efecto, un autor de formularios hace un particular comentario sobre la frecuencia del poder de testar. Felipe Sánchez en 1854, después de la fórmula de poder consigna la siguiente advertencia: «Antiguamente se hacían muchos poderes para testar y en el día son muy pocos los que se otorgan, porque no es otra cosa que una *duplicación de instrumentos*, pues ninguna persona, por más negocios que estén a su cargo, deja de tener tiempo para formalizar su testamento, y con mucha más razón usando de la facultad de insertar en él cláusula de memoria, en donde puede ponerse o quitarse lo que convenga, no variando la institución hereditaria. Esta advertencia me ha parecido oportuna para que los escribanos la hagan a los testadores»¹³¹.

En 1862, Antonio Casas y Moral también critica la institución del testamento por comisario cuando dice que la facultad de testar puede delegarse en otra persona, dándole poder suficiente, «pero se dice impropriamente por la escasez de facultades que la ley con razón concede al apoderado, llamado comisario, fuera de los que el poder expresa y detalladamente contenga». Y continúa: «Y esto, sin embargo, de lo raro que es eso de testar en semejante forma, pues creemos deber aconsejar al notario, y que éste debe también hacer comprender al que quiera otorgar ese poder, que mejor que éste, en el mismo tiempo, más barato y más expedito es que otorgue testamento nuncupativo; razón porque los códigos modernos van aboliendo estos poderes»¹³².

De la cita de estos dos notarios, autores de formularios se desprende que no debía de ser inusual esta forma de testar, y que los notarios tenían que desaconsejar esta práctica.

Y con todo nos resistimos a creer que, durante los siglos modernos e incluso durante el s. XIX, haya sobrevivido una institución, a la que los testadores no encontraran ya alguna función y utilidad. Si a lo largo del tiempo, los testadores han mantenido una forma de testar mediante dos instrumentos (el poder y el testamento) que es más complicada y cara que el testamento nuncupativo,

¹³¹ (P. 305). Dos cosas nos dice Felipe Sánchez que a mediados del s. XIX ya eran muy pocos los testamentos por comisario que se hacían, siendo frecuentes antiguamente. Como escribano del número de la ciudad de Toledo podemos creerle respecto a lo que hacen los toledanos a mediados del s. XIX y, suponiendo que lo que se practica en Toledo, quepa generalizarlo a toda Castilla ¿Qué época hemos de entender comprendida en el adverbio antiguamente? Es posible que sea cierta su afirmación para el s. XIX ¿Y en los siglos anteriores? Contestar a esta pregunta requiere una labor de archivo, y la labor realizada hasta hoy sólo permite conocer lo que se hacía aproximadamente en Madrid en los ss. XVII y XVIII fundamentalmente, donde tenemos la impresión de que el porcentaje de testadores que utilizan un comisario para testar no ha disminuido a lo largo de estos siglos modernos.

Precisamente la tesis de MARTÍNEZ GIL, que hemos citado antes, nos proporciona datos suficientes para apreciar el porcentaje estimable de toledanos que en la Edad Moderna testaban por comisario. (Ver nota 32).

¹³² (P. 522). El testamento por comisario gozaba de la enemiga no sólo del legislador que ya había intentado su muerte en el Proyecto de Código Civil de 1851, sino también de los notarios que están en contacto directo con los ciudadanos.

como quiere Antonio Casas que el notario advierta a los testadores, alguna función, por pequeña que sea, cumplía el testamento por comisario y alguna utilidad conservaba. Antes de tratar algunas funciones concretas, conviene recordar que el testamento hasta su secularización con la Codificación tenía tanto de acto de transmisión de bienes *post mortem*, como de arreglo de las cuentas del alma del cristiano. Por tanto las disposiciones *ad pias causas* eran una parte esencial del testamento y no toda persona se consideraría preparada para ordenar aquellas cláusulas a tal efecto; o en algunos casos no dispondría por su enfermedad del tiempo o ánimo para ordenar las mandas y legados personalmente.

Alguna de estas funciones creemos verla, o al menos intuir la, en la advertencia que ha hecho Felipe Sánchez, donde da a entender que la posible función del testamento por comisario puede ser suplida y cumplida a través de insertar en el testamento una cláusula de memoria. Se está refiriendo este autor a los codicilos, luego llamados generalmente memorias testamentarias, que permitían introducir algunas modificaciones en un testamento, ya otorgado, sin las solemnidades del mismo. El Código Civil, al prohibir las memorias testamentarias, se refiere a la cláusula que recogían muchos formularios y que muchos testadores incorporaban a su última voluntad. Dice así el artículo 672: «Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o a papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos en el testamento ológrafo».

Pues bien, entiendo que el poder para testar permitía al testador la constante posibilidad de ir modificando o perfilando en cualquier momento su voluntad, sin tener que recurrir a otorgar un nuevo testamento o codicilo, si deseaba alterar alguna cláusula como sería obligado si hubiese optado por testar de cualquier otra forma.

El poder para testar podía cumplir esta función, ya que el poderdante, después de otorgar el poder, podía en cualquier momento ir comunicando su voluntad, al comisario, que de esta forma podía recibir renovadas instrucciones y encargos, sin necesidad de otorgar nuevo poder al comitente.

Claro es que (y volvemos a la tesis general) esta posibilidad se refiere generalmente a cumplir la voluntad del testador en cuanto a la disposición *ad pias causas* fundamentalmente, pues algunas facultades como instituir heredero no puede delegarlas en el comisario; y otras determinaciones, como nombrar albaceas, tutores, mejoras, etc., si el testador ya las dispuso en el poder cómo las había de hacer el comisario, no pueden ser objeto de comunicación reservada de voluntad entre el testador y el comisario¹³³.

¹³³ A través de los formularios y de los testamentos que hemos examinado vemos esa circunstancia de comunicación constante. En los formularios se hace alusión a esta comunicación de la voluntad, «y porque yo tengo comunicado las cosas que convienen a el descargo de mi conciencia» (PALOMARES, p. 81). «Y porque las he comunicado (las cosas que ha de hacer) y su voluntad, muchas veces con fulano y fulano... haciendo las mandas, legados y declaraciones, y señalamientos de sufragios, que los tengo comunicados» (ARGÜELLO, 55 v).

Esta función del poder parece poco importante, pero reportaba alguna utilidad. El testador en algunos asuntos puede cambiar de voluntad, sin necesidad de modificar el poder otorgado. Otras posibles funciones pudo cumplir el testamento por comisario como la posibilidad y oportunidad de que el testador mantuviese ocultas ciertas disposiciones que no interesaba que se conociesen hasta después de su muerte o encomendar al comisario que diese a una cuota de sus bienes el destino que reservadamente le había comunicado que podía en cualquier momento modificar o completar en una continua comunicación de voluntad al comisario hasta el momento de morir el poderdante.

Podían caber, pues, dentro del testamento por comisario algunas de las funciones y cometidos que el heredero de confianza cumplía, por ejemplo, en Cataluña. No nos cuestionaremos ahora si la herencia de confianza existió o no en el Derecho castellano¹³⁴.

El testamento por comisario podía cumplir en cierta medida la función del heredero de confianza, pero dentro de unos límites muy estrechos, dada la normativa restrictiva de las Leyes de Toro. Si una de las ventajas del heredero de confianza consistía en mantener secreto el destinatario final de los bienes, el testamento por comisario se prestaba en cierta manera a este fin. Por supuesto que solamente podía hacerse de aquella parte de la herencia de la que el comisario podía disponer en virtud del poder general y esa parte dependía también de la existencia o no de herederos forzosos. En el caso de poder especial ya se revelaba en el mismo la voluntad del testador de forma abierta, pero aquí cabía que, a través de las facultades concedidas al comisario de elegir a una persona *incerta ex certis*, el secreto se mantuviese hasta que el comisario eligiese una dentro del círculo de personas señalado por el comitente.

En 1507 Pedro Vázquez, vecino de Cuenca, al dar poder conjunto a su padre y a su tío, dice «e porque yo he platicado e hablado algunas cosas que conviene para el descargo de mi conciencia...» (AHP. C. 3-1).

Cuando Francisca de Leruela hace testamento en virtud del poder otorgado por su marido declara que, aunque señaló su entierro en el Convento de San Basilio Magno en esta Corte, *fue su voluntad y me comunicó* se enterrase en el Colegio Imperial de la Compañía de Jesús de ella... MATILLA TASCÓN, A.: *Testamentos...* pp. 234 y 235.

Cuando Jovellanos otorga poder para hacer testamento, lamenta que su confinamiento en el Castillo de Bellver le impida que no pueda mantener una constante comunicación con su apoderado. He consultado el poder en el apéndice núm. 18 de NÚÑEZ IGLESIAS, A.: *Ob. cit.*, pp. 443-456.

¹³⁴ Sin duda alguna, en la Edad Media, también en Castilla se utilizó la herencia de confianza para poder legar y donar bienes a personas que no podían ser herederos ni por ley ni por disposición del testador. Las Partidas castigan al heredero con la pérdida de la herencia «quando el testador rogasse al heredero en poridad que diese aquella heredad en que le estableciesse a algún su hijo o a otro que lo non podía heredar, porque le era defendido por ley. Casi el heredero cumpliesse tal ruego o mandamiento del testador e la entregasse al otro, perdería por ende el derecho que había en la heredad» (6, 7, 13). Para Benito GUTIÉRREZ: «la existencia de tales herederos vino a quedar autorizada por la Real Orden de 22 de diciembre de 1831, la cual, tratando sobre la imposición de la herencia, previno... que si la cláusula fuere general y referente a fe y sigilo del fideicomisario, quedase éste, sujeto al derecho correspondiente al heredero extraño, a no ser que declarase y restituyese la herencia en forma legal, a persona pariente del testador...», *ob. cit.*, p. 146.

XII. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES PROVISIONALES

El carácter personalísimo del testamento en el Derecho romano clásico dejaba pocos resquicios a la intervención de un tercero en los actos «mortis causa». El *familiae emptor* y el *fideicomisum* no quebraban aquel principio. Pero, los jurisconsultos romanos admitieron que la validez de una disposición pendiese de los actos de un tercero, considerados como condición suspensiva, *si Titius in Capitolium ascenderit* (D. 28, 5, 69). No sobre la libre voluntad de un tercero («non ex alieno arbitrio pendere». D. 28, 32).

La intervención de terceros junto al *de cuius* en la disposición y la herencia va a ser obra del Derecho romano postclásico y del justiniano, como consecuencia de la influencia del cristianismo, que flexibilizó los rígidos principios del derecho sucesorio romano y, sobre todo, transformó el carácter y finalidad del testamento. De acto destinado a la transmisión y sucesión de los bienes, e incluso, primitivamente de la jefatura doméstica, el testamento acabó siendo considerado especialmente como la última ocasión para arreglar las cuentas del alma. El testamento permitía, a través de disposiciones en favor de la Iglesia, de los Santos y de los pobres, cerrar y saldar todas nuestras deudas por nuestros pecados. El valor expiatorio, que a la limosna atribuían las Sagradas Escrituras y la doctrina patristica, determinó que todo cristiano dispusiese de una parte de sus bienes *ad pias causas*. La confesión y el testamento se convirtieron casi en dos piezas inseparables del arreglo final de las cuentas de la conciencia del cristiano.

La finalidad, eminentemente espiritual de las disposiciones *mortis causa*, convocó alrededor del testamento a nuevas figuras. La Iglesia, desde la constitución del emperador León en 468 (luego incluida en el Código de Justiniano, C. 1, 3, 28.1) vigiló el cumplimiento de la voluntad piadosa del difunto. Los sacerdotes y amigos del moribundo recibían encargos a cumplir. Estas personas comisionadas para realizar la voluntad *post mortem* del difunto vieron realzadas sus funciones y se generalizó el nombramiento de executores o testamentarios en la medida que decreció o desapareció la institución del heredero en los actos *mortis causa*.

En la AEM aparece el *ejecutor*, encargado de cumplir las disposiciones piadosas o no de su comitente. El albacea o ejecutor es una institución central de los actos *mortis causa*, que puede llegar a tener la consideración de un transmisor de los bienes del difunto a los destinatarios y que cumple incluso un oficio público. Es una institución que aglutina tanto funciones de ejecución, a veces universal de todos los bienes del difunto, como poderes de disposición más o menos amplios, que le permiten distribuir, según su voluntad. Quizá de este ejecutor universal con amplios poderes se origine el comisario para testar, pero éste alcanzará independencia institucional. Había que estudiar en qué época se produjo esta separación de la comisión para testar de la ejecución universal. Sin duda alguna, el renacimiento del testamento romano y el florecimiento del *ius commune* contribuyeron a la segregación institucional de ambas

figuras. En la mayoría de los reinos y territorios españoles encontramos ejemplos, no muy numerosos, de testamento por comisario en el tránsito ya de la Alta Edad Media a la Baja. Pero la evolución de la institución va a ser diferente en cada uno de ellos, si bien podemos formar dos grupos: 1.º aquellos territorios que mantienen el testamento por comisario: Castilla, Vizcaya y también Aragón, según algunos juristas que admiten esta forma de testar según los Fueros, aunque no se haya comprobado que sea muy habitual. 2.º aquellos otros ordenamientos en que se han consolidado ciertas formas de elección del heredero, confiándola al cónyuge superstite: Cláusula de confianza en el cónyuge como ocurre en Cataluña, Baleares, Navarra y Aragón, o en el círculo más próximo de los parientes como en Pallars-Subirà (Cataluña) y Aragón; el establecimiento de herederos de confianza en Cataluña, etc. También se ha delegado en el cónyuge la facultad de mejorar (Galicia). Esta facultad de encomendar al cónyuge sobreviviente o a los parientes más próximos que designen al heredero, mejoren o distribuyan los bienes, no se atrajo la enemiga del derecho común por tratarse de una aplicación concreta del principio de la elección de una persona incierta dentro de un grupo concreto (*incerta ex certis*). Por otra parte, la institución servía el objetivo económico-social de elegir y designar heredero a aquél que se mostrase más apto para continuar la *casa* o la explotación agrícola familiar.

La evolución del Derecho castellano fue diferente, o lo fue la sociedad castellana. Se partía aparentemente del más amplio reconocimiento del testamento por comisario en el Fuero Real y en el de Soria, pero la finalidad del poder en estos rextos apuntaba solamente al testamento *ad pias causas*. Las Partidas introdujeron la doctrina restrictiva del Derecho común sobre las disposiciones encomendadas a un tercero. El testador había de designar personalmente al heredero: los poderes de los comisarios para testar se recortaban por ley.

La ley no dejaba de ser un límite a la autonomía dispositiva de los testadores, cuya voluntad solía moverse normalmente dentro de unos márgenes más estrechos aún que las prescripciones legales. A través de los formularios y de algunos testamentos por comisario anteriores a las Leyes de Toro, observamos que los comitentes solían disponer ya en el propio poder no sólo sobre la institución de heredero, sino también sobre otras cuestiones importantes, como nombramiento de albaceas, mejoras, desheredación e incluso señalaban el lugar de su sepultura, sufragios, etc., de tal manera que el testamento del comisario viene a poco más que «parafrasear» y reproducir lo que dispone el testador comitente en el poder.

Así, cuando las Leyes de Toro regulen definitivamente el testamento por comisario, no harán otra cosa que elevar a ley lo que ya venía siendo práctica entre notarios y testadores. Las Leyes de Toro daban entrada legal a lo acostumbrado en la sociedad castellana sobre esta materia.

Además nuestros juristas, entre ellos los comentaristas de las Leyes de Toro, no ahorraron esfuerzos en interpretarlas en algunos casos de acuerdo con la doctrina del Derecho Común y en otros para defender la independencia y el

valor superior del derecho patrio o real sobre el Derecho Común, a propósito del testamento por comisario.

En general los comentaristas de las Leyes de Toro admiten los principios básicos del Derecho Común en esta materia: la sustancia de la disposición no puede encomendarse a la voluntad de otra persona. O lo que es lo mismo, el primer acto volitivo o impulso inicial para disponer por testamento e instituir heredero ha de corresponder siempre al testador, como entiende la filosofía escolástica. Se entretrejan en esta doctrina elementos romanos (el carácter de acto personalísimo del testamento que no puede depender de la voluntad ajena) y filosófico-escolásticos (la voluntad de una persona no puede diluirse o identificarse con la voluntad de otra persona). Se reforzaba además la prohibición de encomendar a la voluntad de otro la propia del testador, con la nulidad de las disposiciones captatorias invalidadas por el Derecho Romano, aunque mal interpretaron los glosadores la institución captatoria o capciosa, que confundieron con la disposición testamentaria por medio de otra persona, por un apoderado o comisario. Interpretación seguida por los comentaristas del *mos italicus*. Los comentaristas del *mos gallicus* supieron deshacer la errónea identificación de las instituciones captatorias con las confiadas a la voluntad de un tercero: confusión propia de los glosadores y comentaristas del *mos italicus* desconocedores de los más elementales rudimentos filológicos y de la historia de las instituciones de Roma.

Los comentaristas de las Leyes de Toro pueden agruparse entre quienes tratan de ajustar el alcance normativo de estas Leyes a la doctrina del Derecho Común, y por eso no admiten que la sustancia de la disposición pueda cometerse a otra persona (Gómez, Gutiérrez, Acevedo, Carpio, Velázquez de Avendaño...) y quienes admiten la comisión a la voluntad de un tercero de la sustancia en materia de desheredación, sustitución, mejora, legado, etc... Los primeros defienden que sólo puede encargarse al comisario la elección de la persona dentro de un reducido grupo o círculo. Los segundos tanto la sustancia de la disposición como la designación del favorecido (Peralta, Padilla, Castillo de Sotomayor, Juan Matienzo...), excepto la institución de heredero.

Otros juristas de tendencia menos «escolástica», en todos los sentidos, discurren con más libertad y menos sometimiento, dentro de lo que era posible, a los principios admitidos del derecho civil y de la autoridad de la doctrina. Hemos considerado especialmente dos de ellos, Espino de Cáceres y Vázquez de Menchaca.

Espino utiliza hábilmente los textos justinianos y la cita con sobriedad de la doctrina para concluir que todo acto, que podemos realizar por nosotros mismos, lo podemos encomendar a otra persona. El testamento por comisario está admitido sin reservas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Vázquez de Menchaca defiende la validez del derecho patrio frente a las soluciones del derecho civil. Niega la autoridad indiscutible y universal de éste, ya que no contiene necesariamente la *ratio scripta* o el derecho natural. El derecho patrio se somete sólo al derecho común, si éste se identifica con el derecho natural. De ahí que el derecho común o civil sólo es válido de forma

universal, cuando encarna en su seno un principio de derecho natural. Nuestro ordenamiento ha admitido entre sus preceptos el testamento por comisario, en la forma recogida en las Leyes de Toro. Hemos de contrastar la validez de las mismas con el derecho natural, no con el derecho civil o común. Vázquez de Menchaca prueba que ningún principio de las Leyes de Toro se opone al derecho natural, luego el testamento por comisario es válido. Llega a sentar, con cierta temeridad, que la *opinio communis* admite tal forma de testar.

Vázquez de Menchaca es un original pensador que niega la validez universal e intemporal del Derecho Romano o Civil, argumentando con frecuencia desde los propios principios de este derecho: servidumbre última que paga al escolasticismo y al principio de autoridad, al tiempo que su pensamiento se alza sobre la vulgaridad de seguir el camino trillado de la doctrina más común.

El esfuerzo exegético de los comentaristas de las Leyes de Toro resultaba en muchos casos baldío e innecesario. Se planteaban la posibilidad de si las mujeres y los clérigos pueden ser comisarios, cuando en la práctica, suelen serlo con frecuencia. La vida real era ordinariamente más sencilla que los supuestos y casos rebuscados que planteaban los comentaristas. A veces planteaban cuestiones que no se le podían ocurrir ni al más imaginativo y extravagante testador.

Ya con anterioridad a las Leyes de Toro, por costumbre, como nos demuestran los formularios y en los testamentos que conocemos, se fue restringiendo el contenido de los encargos hechos al comisario, en la medida que en el propio poder el verdadero testador disponía sobre las cuestiones más importantes. El poder podía ser especial o, general, como luego se clasificó, según las Leyes de Toro y la doctrina de sus comentaristas. El primero podía facultar al comisario para todo tipo de disposiciones, excepto la institución de heredero. Pero sabemos por los formularios y, también, por los testamentos que vamos conociendo que no eran frecuentes los encargos importantes. El testador en el propio poder, que solía antes y ahora debía otorgar ante notario, a partir de las Leyes de Toro, ya disponía sobre tales puntos: heredero, mejoras, albaceas, etc., y como el poder tenía eficacia dispositiva se convirtió en el sustancial instrumento canalizador de la última voluntad del testador, en el verdadero testamento. El poder general facultaba al comisario, por ministerio de la ley, para disponer *ad pias causas*. Al fin, las Leyes de Toro elevaban a ley lo que venía siendo la práctica en Castilla. El testamento por comisario, regulado en las Leyes de Toro, es, sobre todo, un testamento *ad pias causas*.

Entre el comitente y el comisario mediaba frecuentemente una relación de parentesco y siempre de absoluta confianza por lo que, a causa de la concesión normalmente de un poder general, resultaba inimaginable la existencia de graves abusos a que el testamento por comisario pudiera dar lugar y que las Leyes de Toro denuncian y pretenden remediar, mediante una estricta regulación. Hemos comprobado como los comisarios son generalmente la esposa o esposo, los padres, hermanos y otros parientes, así como clérigos y confesores. Se suelen nombrar a más de una persona para que otorguen el testamento. Si se tiene

en cuenta además que, entre el poderdante y el apoderado, media una relación de absoluta confianza, la posibilidad de que los comisionados cometiesen abusos era casi nula.

Las Leyes de Toro confinaron el testamento por comisario en unos límites tan estrechos que del mismo quedó más la forma que el fondo. Más la forma, porque había un doble instrumento: por una parte, el poder del comitente que contenía la disposición sustancial de sus bienes, y por otra el posterior testamento del comisario en nombre de su poderdante. Poco fondo, porque las disposiciones del comisario se extendían sólo a los descargos de conciencia del comitente y otras disposiciones *ad pias causas*. Tal regulación parecía condenar a muerte por inutilidad al testamento por comisario. No parecía necesaria la institución: por otros caminos las memorias testamentarias y determinadas personas, el albacea por ejemplo, podía el testador cumplir sus descargos de conciencia y arreglo final de las cosas del alma.

No obstante, algunos castellanos siguieron utilizando esa forma de testar. La costumbre no se abandonó. Hemos de suponer, por tanto, que el testamento por comisario seguía cumpliendo algún fin y función y se mostraba útil a pesar de todas sus cortapisas legales. No podemos pensar que sólo la inercia o la rutina siguiese arrastrando a los castellanos a una forma de testar sin sentido o, al menos, sin alguna finalidad y utilidad.

Estas últimas hemos tratado de averiguar. Hemos encontrado, al menos, dos; por poco importante que las consideremos hoy. Después de otorgar el poder, el comitente podía constantemente y en cualquier momento dar renovadas instrucciones sobre lo que el comisario había de disponer en el testamento. Así podía modificar el comitente en cualquier momento su voluntad, sin necesidad de acudir cada vez al notario. Esta interpretación del testamento por comisario empuja aún más la visión del ámbito del poder de que solía disponer el comisario. En los formularios y en los poderes para testar es frecuente una fórmula de este estilo «porque tengo comunicada mi voluntad a ...».

La segunda era que el comitente podía mantener en secreto alguna de sus decisiones, hasta después de su muerte, depositadas en la conciencia del comisario.

Pensamos que, aun en las disposiciones *ad pias causas*, que eran las únicas que el comitente encargaba normalmente, el comisario no tenía libertad de decisión sino que ordenaba en el testamento a la muerte del comitente, al dictado de lo que éste le había ido encargando y encargando en vida, además de lo ordenado en el poder.

A la larga, las críticas se cebaron en la institución. Estamos ya en el s. XIX, y varios notarios, autores de formularios, advierten de su inutilidad y de su coste, al intervenir el notario dos veces, y de la posibilidad de conseguir los mismos resultados con otros medios, como las memorias testamentarias. No se criticaba su nocividad ni los abusos que a su amparo se cometen, porque no debían de existir, sino su inutilidad. A pesar de todo, la institución se mantenía en la práctica.

Se añadieron a la crítica los grandes comentaristas del Derecho Civil del s. XIX, que poseían pocos y errados conocimientos sobre la historia de la institución.

El testamento por comisario desapareció o dejó sólo leves huellas en los códigos hispanoamericanos y europeos. Sirviendo el testamento por comisario para disponer *ad pias causas*, la secularización del derecho sucesorio, reflejo del similar proceso de la sociedad, resultó su mortal enemiga, consiguiendo lo que no había logrado el Derecho Común: su definitiva decadencia y desaparición.

Dentro del derecho español consiguió el testamento por comisario reproducir en el Proyecto de Código Civil de 1836 los artículos, casi al pie de la letra, de las Leyes de Toro, pero el de 1851 suprimía la institución, anunciando lo que establecería el Código Civil de 1889, que ha derogado formalmente el testamento por comisario. Ya no existe el doble instrumento notarial: el poder para testar y el posterior testamento del comisario en nombre del comitente; pero, como Núñez Iglesias mantiene, a través de varios artículos del Código Civil, una persona puede realizar los mismos encargos en favor de su alma y de sus parientes, el socorro de los pobres o la ayuda a los establecimientos de beneficencia, como había venido haciéndolo al amparo de las Leyes de Toro.

JOSÉ SARRIÓN GUALDA

Ministros del Consejo de Castilla (1814-1820)

Carlos IV designó sesenta y tres consejeros de Castilla¹. Algunos de ellos afines a la política de Floridablanca son cesados en 1792: Pedro Antonio Burriel y Antonio Cano Manuel. Dos años más tarde caen Santiago Ignacio de Espinosa –consejero nombrado por Carlos III–, Manuel de Lardizábal y Uribe, José Joaquín Colón de Larreátegui y José Zuazo Bustamante, acusados de abuso en el ejercicio de sus funciones². En 1798 es destituido José Antonio Mon y Velarde, conde del Pinar, el año siguiente por corrupto Francisco Antonio de Zamora y en 1802 son jubilados –en realidad era una separación instigada por el todopoderoso Godoy–, por sendos decretos despachados en Guadalajara el 15 de agosto, Francisco Policarpo de Urquijo, el barón de Castiel, Juan Mariño de la Barrera, Benito Ramón de Hermida, Pablo Antonio de Ondarza,

¹ Lo estudie en «Consejeros de Castilla en el reinado de Carlos IV», en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, t. II, volumen*, pp. 187-238, publicado más tarde en *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999. Entonces omití a Juan Antonio González y Carrillo, nacido en Orihuela en 1746. Comenzó su carrera judicial en 1778, cuando es nombrado oidor de la Audiencia de Canarias. En 1787 es promovido a otra plaza de oidor de la Chancillería de Granada y en 1800 a la regencia de la Chancillería de Valladolid. Carlos IV, por decreto despachado el 9 de marzo de 1806, le nombra consejero de Castilla. El 31 se expide su título de nombramiento y jura su plaza en el Consejo Pleno el 16 de mayo. María de la S. MARTÍN POSTIGO: *Los presidentes de la Real Chancillería de Valladolid*, Institución Cultural Simancas, Valladolid, 1982; AHN, Consejos, legajo 11.887; Estado, legajo 6379; Ministerio de Hacienda, legajo 528/52. También incluí entre los consejeros de Carlos IV a Benito Arias de Prada, nombrado en el primer reinado de Fernando VII.

² GÓMEZ-RIVERO: «Consejeros de Castilla en el reinado de Carlos IV», pp. 195 y 196; P. MOLAS RIBALTA: *Los magistrados de la Ilustración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 107 y 108.

Juan Antonio López Altamirano y Domingo Codina; los cuatro primeros son, además de consejeros, camaristas y el último fiscal de la Cámara³. El 19 de marzo de 1808 se produce la abdicación de Carlos IV a favor de su hijo Fernando VII. El 23, una orden despachada por el ministro de Justicia Caballero comunica que el nuevo rey ha resuelto que todos los ministros jubilados por el decreto de Guadalajara vuelvan a sus destinos⁴. Retornan Hermida, Altamirano y Codina, repuesto ahora únicamente en la plaza de consejero. Ondarza declina el ofrecimiento a causa de su debilitada salud⁵. El 28, se dispone la vuelta del conde del Pinar, y el 3 de abril la de Lardizábal y Colón⁶.

Los avatares de la guerra napoleónica produjeron cambios en la vida y composición del Consejo de Castilla. Un decreto imperial de 4 de diciembre de 1808 destituye a los consejeros por cobardes e indignos⁷. Por otro decreto, despachado el 25 de junio de 1809, la Suprema Junta Gubernativa refunde los Consejos de Castilla, de Indias, de Órdenes y de Hacienda en el nuevo Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, denominado Consejo Reunido. La nueva situación dura bien poco. El 16 de septiembre de 1810, el Consejo de Regencia del reino restablece los cuatro referidos Consejos de Castilla, Indias, Órdenes y Hacienda⁸. La composición del Consejo de Castilla es la siguiente: José Joaquín Colón, decano; Manuel de Lardizábal y Uribe; Bernardo de Riega y Solares; José Antonio Mon y Velarde, conde del Pinar; José María Puig y Samper; Sebastián de Torres; José Navarro Vidal; Antonio Ignacio de Cortabarría; Ignacio Martínez de Villela; Miguel Alfonso Villagómez; Vicente Duque de Estrada; Tomás Moyano; Pascual Quílez y Talón y Justo María Ibar Navarro. Todos, excepto el último, habían sido nombrados consejeros por Carlos IV. Faltan en la nómina algunos consejeros, unos encarcelados en Francia, como Benito Arias de Prada, Domingo Fernández Campomanes y Arias Antonio Mon y Velarde, y otros que tratan de sortear a las tropas francesas y encaminarse a Cádiz (Antonio Álvarez Contreras, Francisco de Arjona, Juan Antonio Inguanzo Valdés, Andrés Lasauca y Collantes, Gonzalo José de Vilches y Antonio Domingo Villanueva). Arias de Prada se fugó la noche del 4 al 5 de junio de 1811 de la prisión de París junto con su compañero Fernández Campomanes. Llegan a Valencia el 18. El 27, ambos consejeros escriben al decano del Consejo de Castilla, Colón, pidiendo ser reintegrados en sus plazas. El Consejo de Regencia con anuencia de las Cortes acuerda el 23 de julio que

³ AHN, Estado, legajo 6379/1. Tomás Bernad y Sanz, barón de Castiel, y Juan Mariño de la Barrera habían sido designados consejeros por Carlos III.

⁴ AHN, Consejos, leg. 5521.

⁵ Falleció el 19 de junio de 1808 (*Gaceta de Madrid*, 1 de noviembre de 1808).

⁶ AHN, Consejos, leg. 5521.

⁷ G. DESDEVICES DU DÉZERT: «Les institutions de l'Espagne au XVIII siècle», en *Revue hispanique*, 70 (1927), p. 351.

⁸ S. DE DIOS: *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Ediciones de la Diputación de Salamanca, Salamanca, 1986, Introducción, LXXXVII-LXXXVIII. F. MARTÍNEZ PÉREZ: *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1812-1823)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 315.

vuelvan a servir sus plazas en el Consejo Real. A comienzos de agosto ya se encuentran en Cádiz⁹.

Una vez promulgada la Constitución de 1812, el decreto de 17 de abril suprimirá los Consejos y creará, con arreglo al texto constitucional, el Supremo Tribunal de Justicia, al que se confían los asuntos contenciosos pendientes en los extintos Consejos de Castilla, Indias y Hacienda¹⁰. Entre los dieciséis magistrados nombrados para el Supremo Tribunal de Justicia previa consulta del Consejo de Estado de 14 de mayo de 1812 figuran dos consejeros de Carlos IV: José María Puig y Antonio Ignacio Cortabarría¹¹.

Con el retorno de Fernando VII del cautiverio concluye la primera etapa constitucional, restableciéndose el viejo sistema, incluidos los centenarios Consejos. En concreto, el Consejo de Castilla es restaurado por decreto de 27 de mayo de 1814¹². Otro decreto expedido el 3 del mes siguiente nombra a los nuevos consejeros: Gonzalo José de Vilches; José Joaquín Colón; Manuel de Lardizábal; Antonio Villanueva; Bernardo de Riega; conde del Pinar; José María Puig; Sebastián de Torres; Domingo Fernández Campomanes; Andrés Lasauca; Antonio Álvarez de Contreras; Antonio Ignacio de Cortabarría; Ignacio Martínez de Villela; Francisco Arjona; Miguel Alfonso Villagómez; Juan Antonio González Carrillo; Tomás Moyano; Juan Antonio Inguanzo; Benito Arias de Prada; Jerónimo Díez; Nicolás María de Sierra; Juan Antonio Larrumbide y Luis Meléndez Bruna. Al propio tiempo es nombrado gobernador de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte el consejero Martínez de Villela¹³. En total, pues, veintitrés consejeros de Castilla. Díez y Sierra habían sido fiscales del Consejo Real en los procelosos años 1808-1810; Bruna, que formó parte del Consejo Reunido¹⁴, accedía por vez primera al Consejo de Castilla; Larrumbide había ingresado en éste en 1811¹⁵ y los restantes diecinueve fueron nombrados consejeros de Castilla con anterioridad al mes de mayo de 1808. Tres de estos magistrados (Puig, Cortabarría y Díez) pertenecieron al constitucional Supremo Tribunal de Justicia¹⁶. Pascual Quílez y Talón, nombrado consejero de Castilla en febrero de

⁹ AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, legs. 4242/24, 4418/2772, 4576/7494 y 4750/7281.

¹⁰ DE DIOS: *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, LXXXVIII. Archivo del Congreso, leg. 10, núm. 55.

¹¹ L. MORENO PASTOR: *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, Madrid, 1989, p. 65. Sobre Cortabarría *vid.* R. GÓMEZ-RIVERO: «Antonio Ignacio de Cortabarría y Barrotia, Consejero de Castilla y Magistrado del Tribunal Supremo (1756-1815)», en *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*, LII, 1 (1996), pp. 191-212.

¹² AHN, Consejos, leg. 11.887. DE DIOS: *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, XCI y pp. 164 y 165.

¹³ AHN, Consejos, leg. 11.887. *Decretos del rey Don Fernando VII*, Madrid, 1814, T. I, pp. 45-46. Composición, por lo demás, publicada en la *Gaceta de Madrid*, 9 de junio de 1814. MOLAS RIBALTA: *Los magistrados de la Ilustración*, 130-131.

¹⁴ MOLAS RIBALTA: *Los magistrados de la Ilustración*, 125. J. M. PUYOL MONTERO: «La creación del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias (Consejo Reunido) por la Junta Central en 1809», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2 (1995).

¹⁵ Nombrado por decreto de 22 de agosto de 1811 (AHN, Ministerio de Hacienda, leg. 528/56).

¹⁶ MORENO PASTOR: *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, 92.

1808, fue el único no repuesto en su antiguo destino¹⁷. El 5 de junio de 1814 un decreto restablece el Consejo de la Cámara, para que vuelva a proponer –como lo había hecho sin intermisión desde 1588 a 1808, salvo el bienio 1713-1715– sujetos para las vacantes de prelacías y dignidades eclesiásticas, así como de los Consejos de Castilla y de Órdenes, de las dos Chancillerías, de las Audiencias, de corregimientos y de alcaldías mayores. Además se ordenaba que no fuera togado el presidente del Consejo Real –que también lo era de la Cámara–, y que el fiscal del Consejo fuera al propio tiempo de la Cámara. El decreto en cuestión, dirigido al ministro de Justicia Pedro Macanaz, disponía:

¹⁷ El 20 de junio recurre al rey solicitando volver a su asiento del Consejo de Castilla. La respuesta real fue negativa. A finales de octubre pide Quílez nuevamente la restitución a su plaza del Consejo Supremo de Castilla. Se acordó que el regente en comisión de la Chancillería de Granada, José de Hevia, informara reservadamente sobre sus opiniones políticas mientras fue jefe político de aquella provincia. El regente informó, el 22 de marzo de 1815, que Quílez había sido extremadamente desafecto al sistema constitucional, manifestando un afecto extraordinario al estado eclesiástico, al acompañarle siempre en sus paseos canónicos y religiosos. En su virtud, Fernando VII le concedió, el 12 de abril, las dos terceras partes del sueldo de 40.000 reales que en ese momento cobraban los consejeros en activo. Otra vez en septiembre vuelve a solicitar la reposición en el Consejo Real, que le fue denegada.

Quílez, junto con Manuel Moxó y Cuadrado, coronel del ejército, capitán de la brigada de carabineros y secretario militar del infante don Carlos, en representación del ayuntamiento de Cieza, fueron recibidos en audiencia por Fernando VII el 19 de enero de 1815, al que besaron la mano y felicitaron por su restitución al trono, también le agradecieron su benéfica resolución sobre que se construyera un canal en aquella villa, por cuyo medio las aguas sobrantes del Segura regaran sus terrenos.

Fernando VII le confiará en 1816 una complicada e importante comisión. Para ello se trasladará a Aragón, donde permanecerá por espacio de tres meses. El 9 de mayo de 1809, un grupo de vecinos de la villa de Caspe atacaron a la guarnición francesa que se hallaba todavía en el pueblo, matando a tres enemigos. Las vicisitudes de la guerra dejaron indefensa a la villa después de la derrota de Belchite, y el alcalde Mariano Serrano, junto con algunos individuos del ayuntamiento y junta de gobierno, procedieron de orden del mariscal Suchet a averiguar a los autores de la «conmoción». Más de treinta vecinos fueron apresados, enviados a Zaragoza y entregados al gobierno intruso. Unos se salvaron fugándose, otros fueron fusilados y el resto desterrados a Francia. Acabada la guerra, los que quedaron vivos, las viudas y huérfanos de las víctimas sacrificadas recurrieron al rey pidiendo justicia. Fernando VII, por decreto de 17 de agosto de 1816, nombra a Quílez para que se traslade sin pérdida de tiempo a la villa de Caspe, y ahí sustancie y determine la causa en el plazo de tres meses. Quílez consultaría directamente al rey la sentencia que dictara. Para que el comisionado no encontrara obstáculos en el desempeño de tal encargo, Fernando VII declaraba que podría conocer en todos los incidentes de la causa, cualquiera que fuese el fuero de los acusados; para lo cual, y para que se verificara inmediatamente la prisión de éstos, sin comunicación en el castillo de Zaragoza, daría las oportunas órdenes al capitán general de Aragón, encargándole los tuviera a su disposición. Los reos principales de la causa formada sobre los sucesos ocurridos en la villa de Caspe el año 1809 y que fueron conducidos al castillo de Zaragoza eran veintiuno. Entre ellos estaba el alcalde de Caspe en aquel año, Mariano Serrano, así como Manuel Albiac, Vicente Cortés, Lorenzo Villanova y Pedro Calvo.

El desarrollo de la anterior comisión mermó las fuerzas y salud de este magistrado. Por ello solicitó permiso el 6 de junio para tomar las aguas de Sacedón, que le fue concedido. Nuevamente el mes de mayo del año siguiente reitera la petición, a la que también accede el monarca. En septiembre obtiene por última vez licencia para tomar las aguas de Ledesma. AHN, Consejos, legajos 3591 y 11.887; Estado, legajo 6379; Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, legajo 4615/5150. *Gaceta de Madrid*, 9 de febrero de 1815; 29 de agosto de 1816; 17 de septiembre de 1816 y 30 de enero de 1817.

«De las principales obligaciones y cuidados de la dignidad real, el proveer de dignos prelados y ministros a las iglesias, y de personas a propósito a los Consejos, Tribunales y demás juzgados, sin duda es uno. Para satisfacer a tan grave cargo, del qual pende el bien de la religión y del Estado, establecieron mis augustos predecesores el Consejo de la Cámara y a él confiaron la proposición y consulta de las personas que por su virtud y mérito fuesen dignas de ser colocadas en los primeros puestos de la Iglesia y del Estado para gobierno y ejemplo de los demás, y juntamente la conservación y protección de los derechos y prerrogativas del patronato real, que por antigua costumbre y derecho exercen los Reyes en las Iglesias de España. Trasládose a un nuevo cuerpo, que se creó en las pasadas turbaciones parte de este tan importante como delicado encargo (*se refiere al Consejo de Estado*); pero conviniendo al bien público reunir en sólo uno estas funciones, como lo ha estado por más de dos siglos en la Cámara, he venido en restablecer este Consejo en el pie en que se hallaba en el año de 1808. Y al restablecerle quiero que el Presidente de él, que lo es el del Consejo Real y los que le sucedieren, que no sean letrados, no tenga voto en la Cámara en los negocios de justicia, pero sí en todos los demás; y que los fiscales del Consejo Real lo sean también de la Cámara, despachando cada uno los que en las respectivas provincias, en cuyos negocios de justicia entienden en el Consejo, ocurran del Patronato Real, y demás que pertenecen a la Cámara según las instrucciones que se dieron en distintos tiempos. Las cuales mando se guarden en lo que no estuvieren por las posteriores derogadas, y señaladamente la que dio en seis de enero de mil quinientos ochenta y ocho el Señor don Felipe 2.º, que es la ley noventa, título diez y siete, libro primero y la primera del título cuarto, libro cuarto de la Novísima Recopilación = Tendréislo entendido y lo comunicaréis a quien corresponda»¹⁸.

Tres días más tarde, Fernando VII ordena que Vilches y Villanueva continúen desempeñando la plaza del Consejo de la Cámara para la que fueron nombrados por Carlos IV¹⁹, al propio tiempo nombra para otras tres del mismo Tribunal a Colón, Lardizábal y Riega. También reduce a dos las tres secretarías que había en la Cámara: «denominando la una de Gracia y Justicia y Estado de Castilla, por la cual han de despacharse además de los negocios privativos de ella los seculares que pertenecían a la de la Corona de Aragón y la otra del Real Patronato, debiendo despacharse por ella todos los negocios eclesiásticos de él, se ha servido de nombrar para la primera a don Juan Ignacio Ayestarán, secretario del real Patronato de la Corona de Castilla y para la segunda a don Cristóbal Antonio de Ilaraza, oficial mayor primero de la Secretaría de Estado y del despacho de Gracia y Justicia de mi cargo, con calidad de permanecer en el ejercicio de tal oficial mayor, hasta

¹⁸ AHN, Estado, leg. 6404.

¹⁹ Su decreto original de nombramiento fue el siguiente: «En atención a los méritos y servicios de don Arias Antonio Mon y Velarde, de don Gonzalo Josef de Vilches, y de don Antonio Villanueva y Pacheco, ministros de mi Consejo Real; he venido en concederles plaza en la Cámara. Tendráse entendido en ella para su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea separada y tendida*) En Aranjuez, a 2 de febrero de 1807. (*Al pie*) A don Sebastián Piñuela» (AHN, Estado, leg. 6404).

nueva resolución de S.M.»²⁰. El 12, son nombrados el primer fiscal del Consejo y Cámara de Castilla, Manuel Vicente de Torres y Cónsul, el segundo, Ramón López Pelegrín y el tercero o más moderno Francisco Gutiérrez de la Huerta²¹.

Hasta el advenimiento del trienio liberal acceden seis consejeros de Castilla al Consejo de la Cámara: el conde del Pinar, Sebastián de Torres, Francisco Marín, José María Puig, Domingo Fernández Campomanes e Ignacio Martínez de Villela²². También obtienen honores de ministro del Consejo de la Cámara los ocho siguientes personajes: el confesor real Cristóbal Bencomo; el conde de Taboada, fiscal jubilado del Consejo de Órdenes; Justo Ibar Navarro, consejero de Castilla honorario; Andrés García Fernández, dignidad de la catedral de Mondoñedo; Antonio María Izquierdo, capellán de honor real; Ignacio Martí-

²⁰ Orden, 8 de junio de 1814 (AHN, Estado, leg. 6404).

²¹ AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, legajo 4718/6840. Los dos primeros accederán a plaza de consejero en el sexenio absolutista, en tanto que el tercero consigue la antigüedad de consejero, aunque no plaza efectiva. El decreto concediendo a Huerta dicha antigüedad disponía: «En atención a los méritos y servicios de don Francisco Gutiérrez de la Huerta, fiscal de mi Consejo Real; he venido en declararle desde esta fecha y sin ejemplar, la antigüedad de ministro del mismo Tribunal. Tendráse entendido en la Cámara para su cumplimiento (*Rúbrica de Fernando VII*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio a 28 de junio de 1815. (*Al pie*) Al presidente del Consejo». En AHN, Estado, leg. 6379.

²² Los cuatro decretos de nombramiento expedidos al efecto eran:

1. «Deseando facilitar el pronto despacho de los muchos y graves negocios, que de orden mía se pasan a la Cámara de Castilla, y de los demás de su competencia, y teniendo en consideración los servicios, que ha hecho el Conde del Pinar en su dilatada carrera, y los particulares que ha contraído por su honrosa firmeza en oponerse a las novedades causadas durante mi ausencia, y queriendo también indemnizarle en parte de los perjuicios, que ha sufrido en sus bienes por las tropas enemigas, he venido en nombrarle para una plaza del Consejo de la Cámara de Castilla. Tendráse entendido en la misma y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea separada y tendida*). En Palacio, a 9 de diciembre de 1814. (*Al pie*) Al Duque Presidente del Consejo».

2. «En remuneración de los distinguidos servicios en la carrera de la toga del ministro del Consejo Real don Sebastián de Torres, he venido en nombrarle para una plaza del Consejo de la Cámara de Castilla, teniendo también en consideración haber obtenido y servido la misma plaza con aceptación, y por largo tiempo en virtud de nombramiento de la Junta Central Tendráse entendido en la Cámara y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea separada y tendida*). En Palacio, a 22 de enero de 1815. (*Al pie*) Al Presidente del Consejo».

3. «Teniendo en consideración el mérito y distinguidos servicios de don Francisco Marín, ministro de mi Consejo Real, y deseando dar un público testimonio del aprecio que me merecen, y asimismo indemnizarle de los perjuicios que le ha ocasionado el procedimiento contra su persona, que ha resultado exenta del menor cargo; he venido en nombrarle para una plaza del Consejo de la Cámara de Castilla. Tendráse entendido en este Tribunal, y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea separada y tendida*). En Palacio, a 7 de setiembre de 1815. (*Al pie*) Al Presidente del Consejo».

4. «En atención a los méritos y servicios de don José María Puig, don Domingo Fernández de Campomanes, y de don Ignacio Martínez de Villela, ministros de mi Consejo Real; he venido en concederles plazas en el de la Cámara. Tendráse entendido en ella, y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea separada y tendida*). En Palacio, a 5 de mayo de 1819. (*Al pie*) Al Presidente del Consejo».

Lo anterior en AHN, Estado, leg. 6404.

nez de Villela, consejero de Castilla; Pedro María Ric, regente de la Audiencia aragonesa, y Vicente Ruiz Albillos, juez de la nunciatura²³.

Una vez puesto en funcionamiento el Consejo de la Cámara, vuelve a proponer –vía consulta– candidatos para los diversos oficios de justicia. El rey utiliza, como lo había hecho desde 1588, dos modos a la hora de nombrar consejeros de Castilla –también de otros magistrados y de jueces–: directamente, a través de decreto, o cuando resuelve una consulta del Consejo de la Cámara. Ahora bien, siempre el rey tiene en cuenta la opinión de su secretario de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia a la hora de proceder a un nombramiento.

²³ Los ocho decretos despachados fueron:

1. «En consideración a la literatura, virtud y servicios distinguidos de don Cristóbal Bencomo, mi confesor, he venido en concederle honores de ministro del Supremo Consejo y Cámara de Castilla. Tendráse entendido en la Cámara y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio, a 28 de mayo de 1815. (*Al pie*). Al Duque Presidente del Consejo».

2. «En atención a la falta de salud que experimenta y me ha representado don Felipe Gil Taboada, conde de Taboada, he venido en concederle la jubilación que ha solicitado de su plaza de fiscal del Consejo de las Órdenes y Real Junta Apostólica con el medio sueldo de aquélla, respecto de no necesitarlo. Y en consideración a lo grato que me han sido sus buenos y dilatados servicios; he venido también en concederle los honores de ministro de mi Consejo de la Cámara. Tendráse entendido en este Tribunal, y dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio, a 29 de mayo de 1816. (*Al pie*). Al Decano del Consejo».

3. «En atención a los méritos y servicios de don Justo Ibar Navarro, ministro honorario de mi Consejo Real; he venido en concederle los honores de ministro de mi Consejo de la Cámara. Tendráse entendido en este Tribunal, y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio, a 11 de octubre de 1816. (*Al pie*). Al Presidente del Consejo».

4. «En atención a los méritos y servicios de don Andrés García Fernández, arcediano de Vivero, dignidad de la catedral de Mondoñedo; he venido en concederle los honores de ministro de mi Consejo de la Cámara. Tendráse entendido en este Tribunal, y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio, a 11 de octubre de 1816. (*Al pie*). Al Presidente del Consejo».

5. «En atención a los méritos y servicios de don Antonio María Yzquierdo, capellán de honor de mi Real Capilla, y secretario de cámara de mi mui amado hermano el Infante don Carlos María, como Gran Prior de la Orden de San Juan en los Reynos de Castilla y León; he venido en concederle los honores de ministro de mi Consejo de la Cámara. Tendráse entendido en este Tribunal, y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio, a 11 de octubre de 1816. (*Al pie*). Al Presidente del Consejo».

6. «En atención a los méritos y servicios de don Ignacio Martínez de Villela, ministro de mi Consejo Real; he venido en concederle los honores de ministro de mi Consejo de Cámara. Tendráse entendido en este Tribunal, y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio, a 16 de octubre de 1816. (*Al pie*). Al Presidente del Consejo».

7. Honores del Consejo de la Cámara a Pedro María Ric, regente de la Audiencia de Aragón. Resolución real a consulta de la Cámara de 1 de febrero de 1817.

8. «En atención a los méritos y servicios de don Vicente Ruiz Albillos, juez de la Nunciatura Apostólica de Madrid, y arcediano titular y canónigo de la Santa Iglesia de Salamanca; he venido en concederle los honores del mi Consejo de la Cámara de Castilla. Tendráse entendido en esta para su cumplimiento (*rúbrica real*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio, a 16 de octubre de 1819. (*Al pie*). Al Presidente del Consejo».

Lo anterior en AHN, leg. 6404.

Seguidamente tratamos de dilucidar cuándo Fernando VII se sirvió del decreto y qué veces la Cámara formuló consulta.

I. NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS DE CASTILLA POR DECRETO

En el sexenio absolutista, Fernando VII solamente utilizó en cuatro ocasiones el decreto como medio para nombrar consejeros de Castilla. La primera fue cuando elige a Ric:

«Para la plaza de Ministro de mi Consejo, vacante por fallecimiento de don Juan Antonio de Ynguanzo, nombro a don Josef María Ric, Regente de la Real Audiencia de Aragón. Tendráse entendido en la Cámara, y se le expedirá para ella el despacho correspondiente. (*Rúbrica de Fernando VII*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio a 3 de julio de 1814. (*Al pie*) Al presidente del Consejo»²⁴.

Fernando VII conocía personalmente al magistrado nacido en Fonz (Huesca), porque cuando regresa del cautiverio y se detiene en Zaragoza, Ric asiste todos los días a la mesa real. Se había distinguido en los dos sitios de Zaragoza. Las Cortes celebradas en Zaragoza eligieron el 9 de junio de 1808 a los miembros de la Junta Suprema de Gobierno. Como vocales figuraban, entre otros, el obispo de Huesca, el regente de la Audiencia de Aragón y Pedro María Ric. Los nombramientos no tendrán efecto ante la inminente llegada del enemigo francés. Finalizado el primer sitio de Zaragoza, se produce la vacante de la regencia de la Audiencia de Aragón por destitución del afrancesado Juan de Villa y Torre, siendo promovido Ric a dicho empleo por el capitán general Palafox el 23 de agosto de 1808 y tres días más tarde toma posesión en el Acuerdo general de dicha Audiencia. A finales de septiembre abandonan Zaragoza rumbo a Calanda algunos magistrados de la Audiencia, como Ruiz de Celada, Pastoret, Quintana, March y Riego. El primero de octubre Ric contrae matrimonio con la condesa viuda de Bureta. La condesa, María Consolación de Azlor y Villavicencio, había nacido en Gerona el 12 de mayo de 1775 y era hija de Manuel de Azlor y Urríes, virrey de Navarra, y de Petronila Tadea de Villavicencio. Con apenas veinte años se casó con Juan Crisóstomo López Fernández de Heredia y Marín de

²⁴ No obstante, Ric renunció a la consejería que fue aceptada por el rey: «Condescendiendo con la súplica, que me ha hecho don Pedro María Ric, Regente de la Audiencia de Aragón, he venido en admitirle la renuncia, que ha hecho de la plaza de Ministro de mi Consejo real, para la que le nombré por decreto de tres de este mes; y al mismo tiempo le he concedido honores y antigüedad del propio Consejo. Tendráse entendido en la Cámara y se dispondrá para ella su cumplimiento (*Rúbrica de Fernando VII*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio a 25 de julio de 1814. (*Al pie*). Al presidente del Consejo». En AHN, Estado, leg. 6379. Palafox fue el encargado de escribir al ministro de Gracia y Justicia, recomendando que aceptara la renuncia y que al propio tiempo se le otorgaran honores y antigüedad de ministro del Consejo Real (AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4734/7079).

Resende, conde de Bureta. Tuvieron un hijo, Mariano, que siguió la carrera militar. El 24 de octubre, un oficio despachado en Aranjuez por Martín de Garay comunica a Ric su nombramiento para el Supremo Tribunal de Vigilancia y Protección que se iba a establecer en Madrid, con el objeto de entender en las causas de infidencia o adhesión al gobierno francés, y de otras que tuvieran conexión con estos puntos, así como proteger a los inocentes que fuesen censurados en virtud de un falso celo. Esta plaza no la sirvió por requerirle el capitán general José de Palafox para la defensa de Zaragoza y haberle mandado que no saliese de la ciudad. El 23 de noviembre los ejércitos españoles son dispersados en Tudela y las legiones francesas inundan el reino de Aragón. Después de los sucesos de Tudela, los movimientos del enemigo presagiaban pronto el sitio de Zaragoza; por ello, el general Palafox dispuso que no abandonaran la ciudad el regente y algunos magistrados que habían quedado en ella, por que el resto había huido a Calanda. El 20 de diciembre el ejército invasor ataca Zaragoza, siendo repelido el ataque. El día siguiente se apoderan los franceses del monte Torrero y el ejército patriota queda encerrado en la ciudad. Zaragoza es sitiada. El 27 de enero de 1809 es incendiado el edificio de la Audiencia. Entre los sitiados se encuentran Ric y su esposa. El general Palafox le nombrará presidente de la Junta Suprema creada el 18 de febrero. A esta Junta se traspasan por el capitán general todas las facultades militares y políticas. Compuesta por 34 miembros, entre ellos dos tenientes generales y un duque, Ric sería uno de los nueve que votaron continuar defendiendo Zaragoza. Los restantes votaron por la rendición o capitulación, que se firma el día 20 de febrero. Muchos canónigos, preladados, magistrados —entre ellos Ric— y ciudadanos prestaran juramento a José Bonaparte. A la condesa de Bureta por su comportamiento heroico en el asedio se le concedieron dos escudos de valor y patriotismo y de defensora de Zaragoza. A su marido Pedro María Ric, por haber servido con las armas en la mano y hallarse en el segundo sitio de Zaragoza, le concederá el rey en 1815 una cruz con las cuatro barras de Aragón de color encarnado, compuesta de corona mural y cuatro brazos, estando ocupado el centro de la misma por una imagen de María santísima bajo el título del Pilar; y circulada de una rama de laurel con la inscripción al reverso: El rey a los defensores de Zaragoza. En 1817 obtendrá también, al haber acreditado en debida forma hallarse en el primer sitio de Zaragoza, una condecoración.

El 12 de marzo de 1809 Ric sale de Zaragoza en dirección a Fonz, su pueblo natal. Un decreto de Junot de 30 del mismo repondrá en la regencia al profrancés José Villa y Torre. Los franceses se apoderan el 24 de septiembre de Fonz: en éste pueblo la primera casa que saquean e incendian es la de nuestro magistrado, confiscando todos sus bienes. También queman las propiedades de la condesa de Bureta: un molino de aceite, los muebles, puertas y ventanas de una casa que tenía en Alagón, la cosecha de lino en el lugar de Bureta y algunos olivares. Unos meses antes de que esto ocurra se ha trasladado Ric con su familia a Reus. El vocal de la Suprema Junta Gubernativa Francisco de Palafox y Melci le acusó de enemigo del rey y de la patria, por haber jurado y servido al rey intruso, causando a la par un daño irreparable a los pueblos del reino de

Aragón las órdenes que había comunicado del gobierno intruso, que hizo que aquéllos no socorrieran a las tropas españolas. Ric escribiría desde Reus el 28 de agosto de 1809 justificando su patriotismo y fidelidad. El mismo mes, por disposición de la Junta Gubernativa del Reino, se publicaría en el Semanario Patriótico de Sevilla un escrito de Ric relatando la capitulación de Zaragoza. Valentín Salanot, Salvador Campillo, Mateo Cortés y Cosme Laredo, miembros de la Junta Superior de Aragón, informaban el 20 de enero de 1810, destacando la conducta patriótica y firme de Ric durante el segundo sitio de Zaragoza, que también había observado cuando la capitulación de la misma en la que intervino como presidente de la Junta de la propia ciudad y después durante su permanencia en ella. El 10 de marzo, el marqués de las Hormazas pedía al Consejo Supremo de España e Indias que informara sobre la conducta observada por Ric en Zaragoza. El expediente quedó finalmente paralizado por proceder de un lugar ocupado por el enemigo.

Los días 18 y 30 de mayo de 1810 desde Alicante, donde se encuentra, escribe Ric al Consejo de Regencia solicitando honores, sueldo y antigüedad del Supremo Consejo de Castilla de España e Indias. La Junta Superior de Aragón le nombrará en 1810 diputado para las Cortes generales. La elección se realizó el día 24 de febrero en las salas consistoriales de la villa de Manzanera, por encontrarse la capital ocupada por los franceses. El 20 de julio se otorgó el poder al elegido, que fue aprobado por la Comisión de poderes el 17 de septiembre. El mes anterior ha llegado Ric a Cádiz procedente de Alicante. Las Cortes le nombraron para algunas comisiones. El 3 de octubre para la Comisión de Justicia; el 17 de diciembre para la Comisión encargada de formar un proyecto de ley que asegurase la libertad individual de los ciudadanos y a finales del mismo mes de diciembre de la Comisión de Constitución, que se iba a encargar de elaborar el proyecto de Constitución. Formaban parte de dicha comisión, entre otros, los diputados liberales Agustín Argüelles, Evaristo Pérez de Castro, José Espiga, Diego Muñoz Torrero, y los realistas José Pablo Valiente, Francisco Gutierrez de la Huerta y el aragonés. En la sesión del Congreso de 11 de febrero de 1811 se dio a conocer la composición del Tribunal de Cortes, creado por decreto de 23 de noviembre del año anterior y encargado de conocer las causas civiles y criminales de los diputados de Cortes, que resultó ser: Benito Ramón de Hermida, Ramón Lázaro de Dou, José Espiga, Gutiérrez de la Huerta y el propio Ric. Como diputado mantendrá una posición conservadora, defendiendo los gremios y el régimen señorial aragonés. En Cádiz permanece hasta septiembre de 1813, en que decide volver a Zaragoza. En su trayecto de vuelta, se detendrá algún tiempo en Fonz para atender asuntos domésticos²⁵.

²⁵ AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4734/7079; P. CHAVARRI SIDERA: *Las elecciones de diputados a las Cortes generales y extraordinarias (1810-1813)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 68 y 97; *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, Estudio preliminar de M.^a Cristina Diz-Lois, Ediciones del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pp. 19-30; MOLAS RIBALTA: *Los magistrados de la Ilustración*, p. 127; *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Madrid, 1870.

El segundo consejero de Castilla nombrado por decreto es el regente de la Audiencia gallega Manuel de León Santos de San Pedro:

«Para la plaza del Consejo Real, vacante por muerte de don Antonio Ignacio de Cortavarría, he venido en nombrar a don Manuel de León Santos de San Pedro, Regente de la Audiencia de La Coruña. Tendráse entendido en la Cámara, y se dispondrá lo correspondiente a su cumplimiento (*Rúbrica de Fernando VII*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio a 10 de setiembre de 1815. (*Al pie*) Al presidente del Consejo»²⁶.

De León fallecerá sin haber tomado posesión de su nuevo destino. Tres años más tarde son nombrados simultáneamente Adell y Soler. El decreto expedido al efecto disponía:

«Para la plaza del Consejo que se halla vacante por fallecimiento de don Nicolás María de Sierra, he venido en nombrar a don Francisco Xavier Adell, ministro togado más antiguo del Consejo de Órdenes; para la plaza del mismo tribunal igualmente vacante por fallecimiento de don Tadeo Segundo Gómez, nombro a don Tadeo Soler, ministro honorario del propio Consejo y decano de la Sala de Alcaldes de mi Casa y Corte; para la plaza de alcalde de Corte que resulta vacante, a don Joaquín Almazán, teniente corregidor más antiguo de esta villa de Madrid; y para la plaza de teniente corregidor más moderno de esta misma villa que resulta vacante, a don Manuel José Rubio, agente fiscal del Consejo de Órdenes. Tendráse entendido en la Cámara, y se les expedirán los despachos correspondientes (*Rúbrica de Fernando VII*). (*En línea tendida y separada*). En Palacio a 1 de julio de 1818. (*Al pie*). Al presidente del Consejo»²⁷.

Adell había sido nombrado por decreto de 16 de septiembre de 1810 del Consejo de Regencia consejero de Órdenes. Una vez publicada la Constitución, la misma Regencia designará en junio de 1812 a los magistrados del Tribunal Especial de Órdenes: Luis Meléndez Bruna, decano, Juan Miguel Pérez Tafalla, Antonio de la Cuesta y Torre, Manuel Tariego y el propio Adell. Este Tribunal especial conocería en grado de apelación de los negocios eclesiásticos del territorio de las órdenes militares²⁸. Soler comenzó a servir en la carrera de la toga en 1791 desempeñando una alcaldía del crimen de la Chancillería de Granada. Diez años después asciende a oidor de ella. En 1810 presta juramento de fidelidad a José Bonaparte. Ello no fue obstáculo para que el 3 de junio de 1814 accediera a la Sala de alcaldes de Casa y Corte²⁹.

Finalmente, un decreto de 18 de marzo de 1819 reestructura el Consejo supremo de Guerra. El 20, otro decreto traslada al Consejo de Castilla a los ministros togados de aquél Badillos y Sisternes. Al efecto dispuso:

²⁶ AHN, Estado, leg. 6379.

²⁷ AHN, Estado, leg. 6379.

²⁸ AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4842/9974.

²⁹ AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, legajo 1252/40 y 4618/5419. MOLAS RIBALTA, *Los magistrados de la Ilustración*, pp. 122 y 133.

«A fin de que los ministros togados del Supremo Consejo de la Guerra que han quedado sin ejercicio, en consecuencia del arreglo hecho por mi Real Decreto que os he dirigido con fecha de 18 del presente mes, puedan más fácil y prontamente entrar en plazas efectivas correspondientes a su graduación, con ventaja de mi servicio y con provecho de mi Real hacienda, he tenido a bien determinar que algunos de dichos ministros sin ejercicio y aún con él, sean trasladados a otros Consejos conservándoles en sus nuevos destinos el uso de uniforme y los honores militares que como tales consejeros de Guerra han disfrutado y disfrutan. En consecuencia de esta determinación he tenido a bien hacer los nombramientos y declaraciones siguientes. A don Diego María Badillos para la plaza de ministro togado de número que se halla vacante en el Consejo de Castilla. A don Joaquín Sisternes para ministro supernumerario del mismo Consejo Real. A don Manuel María de Arvizu para ministro togado supernumerario del Consejo de Indias. A don León de la Cámara Cano para ministro togado supernumerario del Consejo de Hacienda. Todos con opción a la primera vacante de número que ocurra en dichos tribunales, después de los supernumerarios más antiguos que puedan existir actualmente en ellos, sin necesidad de nuevo Real Decreto. Y para la plaza de número que resulta vacante en el Consejo de Guerra por salida de Badillos nombro a don Francisco Quevedo, que es a quien le corresponde como más antiguo de los cesantes. Siendo mi real voluntad que los otros dos ministros togados que quedan de esta clase de cesantes que lo son don José Manuel de Arjona y don Narciso Heredia asistan a dicho Consejo de Guerra, solamente y entretanto que durase la ausencia y enfermedad de don Esteban Antonio de Orellana y don Miguel Paez de la Cadena, suspendiendo de hacerlo cuando estos concurren, a menos que el Consejo no los necesite en cuyo caso estarán prontos a asistir, cuando se les avise por el mismo; con cuya medida se corta el que pueda padecer retraso la administración de justicia, que es el objeto que me propongo con ella. Tendráslo entendido comunicándolo a quien corresponda para su puntual cumplimiento en la parte que a cada uno toca»³⁰.

El 22 se ordena nuevamente que Badillos continúe en el Consejo de Guerra, y Sisternes que ocupe plaza numeraria en el de Castilla³¹. Sisternes había

³⁰ Decreto, Palacio, 20 de marzo de 1819. Traslado del mismo por el ministro de Justicia Lozano de Torres, en AHN, Estado, leg. 6379.

³¹ El ministro de Justicia comunica al duque del Infantado la orden siguiente : «Excmo. Sr. El Señor Secretario del Despacho de la Guerra me ha comunicado con esta fecha la Real orden siguiente. “Excmo. Sr. = Sin embargo de lo que S. M. se sirvió resolver en Real Decreto de 20, del corriente mes, que trasladé a V.E. con la misma fecha, por el que tubo a bien mandar que los ministros del Consejo Supremo de la Guerra don Diego María Vadillos y don Joaquín Sisternes, pasasen al de Castilla, el primero para ocupar la vacante que existe en él, y el segundo de supernumerario; teniendo S. M. presente la antigüedad del citado Vadillos en el de Guerra, se ha servido nuevamente mandar que el referido don Diego María Vadillos, subsista en el citado Consejo de la Guerra, ocupando la plaza que obtenía, y que don Joaquín Sisternes ocupe la plaza vacante de ministro de número en el de Castilla. Lo que de Real orden comunico a V.E. para su debido cumplimiento por el ministerio de su cargo en la parte que le corresponda. Lo que de la misma Real orden traslado a V.E. para inteligencia y cumplimiento del Consejo y de la Cámara en la parte que respectivamente les corresponda. Dios guarde a V.E. muchos años. Palacio 22 de marzo de 1819. Juan Lozano de Torres (*rubricado*). (*Al pie*) señor Presidente del Consejo Real”». (AHN, Estado, leg. 6379).

accedido en 1801 a una plaza de oidor de la Audiencia de Mallorca. Dos años más tarde es trasladado a la de La Coruña. En el tiempo que permaneció en Galicia, que fueron diez años y medio, desempeñó varias comisiones, una de ellas, a partir de agosto de 1812, sobre el examen, reconocimiento y habilitación de los buques procedentes de puertos ocupados por enemigos, que llegaren al de La Coruña u otro cualquiera de la costa gallega; otra, la presidencia del Tribunal de Seguridad Pública, que le confirió el general Pedro Caro y Sureda, marqués de la Romana, una vez reconquistada La Coruña.

Cuando Fernando VII retorna en mayo de 1814 del exilio y deroga el sistema constitucional le nombra alcalde de Casa y Corte. En 1816 asciende a ministro del Consejo Supremo de la Guerra³².

II. NOMBRAMIENTO PREVIA CONSULTA DE LA CÁMARA

Trece consejeros de Castilla serían nombrados por el rey en el momento de resolver una consulta del Consejo de la Cámara. Veamos los casos.

A) **Consulta de la Cámara, 8 de agosto de 1814**

En ella proponía ministros para una plaza del Consejo Real, vacante por fallecimiento de Juan Antonio Inguanzo, y renuncia del nombrado por decreto Pedro María Ric. Asisten a la votación el duque del Infantado, presidente del Consejo, Gonzalo José de Vilches, José Joaquín Colón, Manuel de Lardizábal, Antonio Villanueva y Bernardo de Riega. El resultado de la misma es como sigue.

En primer lugar, Francisco Marín y Sánchez, ministro del Tribunal Especial de Guerra.

En segundo, Antonio Alcalá Galiano, juez de policía de Madrid. El camarista Villanueva vota en este lugar a José María Fernández de Córdoba, regente de la Chancillería de Granada. Riega vota a Juan Benito Hermosilla, regente de la Audiencia de Asturias.

En tercero, José María Fernández de Córdoba. El presidente y Vilches votan a Francisco Toribio de Ugarte, y Villanueva al regente de la Chancillería de Valladolid Manuel Gutiérrez Bustillo.

El rey nombra en el despacho celebrado con su ministro de Justicia al primer propuesto. ¿Qué méritos alegaba Francisco Marín? Ser ministro togado del Tribunal Especial de Guerra y Marina, creado por las Cortes, de conformidad al artículo 278 de la Constitución, el primero de junio de 1812 y encargado de conocer de todas las causas y negocios contenciosos del fuero militar. Marín fue nombrado por la Regencia del reino, a propuesta del Consejo de Estado de 20 de julio de ese año³³.

³² AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4611/5369

³³ AHN, Estado, leg. 128.

B) Consulta de la Cámara, 18 de enero de 1815

Propone ministros para la plaza del Consejo Real, vacante por haber sido nombrado Francisco Arjona maestrescuela de la metropolitana de Sevilla. Intervienen: el presidente del Consejo, Gonzalo José de Vilches, José Joaquín Colón, Manuel de Lardizábal, Antonio Villanueva, Bernardo de Riega y el conde del Pinar. La votación fue de la siguiente manera.

En primer lugar, Tadeo Segundo Gómez, ministro del Consejo de Hacienda.

En segundo, Vicente Noguera, barón de Antella, ex oidor de la Audiencia de Valencia y electo del Almirantazgo.

En tercero, con cuatro votos Felipe Gil de Taboada, fiscal del Consejo de las Órdenes. El presidente y Colón votan a Manuel de Ondarza, regente de la Audiencia de Sevilla, y Vilches a Torcuato Antonio Collado, ex teniente de corregidor de Madrid.

Fernando VII nombra al primer propuesto. Gómez había sido uno de los 16 magistrados del Supremo Tribunal de Justicia nombrados a consulta del Consejo de Estado de 14 de mayo de 1812³⁴. Un mes más tarde presta juramento de su nueva plaza. Diputado para las Cortes generales de 1813, en la elección celebrada en Zaragoza el 27 de octubre. Las Cortes generales ordinarias se instalaron en Cádiz el día 25 de septiembre de 1813, siendo trasladadas el 14 de octubre a la isla de León y posteriormente a Madrid, ciudad donde abren sus sesiones el 15 de enero de 1814. Este día Gómez jura y toma asiento en el Congreso. El presidente y secretarios de las Cortes le nombran el 22 del mismo para la Comisión del plan de Archivos y el 26 para la Comisión del Código mercantil. El 19 de febrero finaliza la legislatura correspondiente a 1813. El 25 se produce la instalación de las Cortes ordinarias en su segunda legislatura. En ella es nombrado, el primero de marzo, miembro de la Comisión de Hacienda, y el día siguiente del Tribunal de Cortes, y en abril de las Comisiones de Reforma de aranceles en las nuevas aduanas y en la de Arreglo de la contribución directa en toda la Península. Participaría mayormente en los debates referentes a materia hacendística, como en los proyectos de desestanco del tabaco y de la sal³⁵. Fue uno de los 69 diputados firmantes del Manifiesto dirigido a Fernando VII el 12 de abril de 1814, conocido como de los Persas, donde básicamente se crítica la actuación y política legislativa de las Cortes³⁶.

El decreto de 11 de agosto de 1814 restablece el Consejo de Hacienda, al que se incorpora la Junta de Comercio y Moneda. El Consejo de Hacienda se compondría de un presidente, once ministros de capa y espada y de ocho ministros togados. Estos últimos, nombrados por otro decreto del mismo día, fueron: José Pérez Caballero, José de Ibarra, Sancho de Llamas, Pedro Nicolás del Valle, Antonio Alcalá Galiano, Jaime Alvarez de Mendieta, Juan Antonio Fernández de Quesada y el propio Tadeo Segundo Gómez³⁷.

³⁴ MORENO PASTOR: *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, 65.

³⁵ *Diario de sesiones de las Cortes generales y extraordinarias*, Madrid, 1870.

³⁶ M.^a C. DIZ-LOIS: *El Manifiesto de 1814*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1967, pp. 106, 113-114 y 277.

³⁷ *Gaceta de Madrid*, 16 de agosto de 1814.

C) Consulta de la Cámara, 18 de enero de 1815

Propone ministros para la plaza del Consejo Real, vacante por promoción de Tomás Moyano a ministro de Justicia. Asisten a la sesión el presidente del Consejo, Gonzalo José de Vilches, José Joaquín Colón, Manuel de Lardizábal, Antonio Villanueva, Bernardo de Riega, el conde del Pinar y Sebastián de Torres. La votación quedó así:

En primer lugar, con siete votos, Sancho de Llamas, ministro del Consejo de Hacienda. El presidente votó a Manuel de Torres Cónsul, fiscal del Consejo Real.

En segundo, Felipe Gil Taboada, fiscal del Consejo de Órdenes.

En tercero, José Hevia y Noriega, regente en comisión de la Chancillería de Granada.

El rey nombra a Torres, propuesto en primer lugar con el voto del duque del Infantado. Durante la invasión francesa, Torres fue arrestado y llevado prisionero a Francia, donde al cabo de dos años logró fugarse y pasar a Cádiz. En ésta ciudad desempeñaría la fiscalía del Consejo y Cámara de Indias, hasta que a raíz de la Constitución de 1812 son suprimidos todos los Consejos. La Regencia del reino, a propuesta del Consejo de Estado del 20 de julio, nombraría a Torres ministro togado del Tribunal Especial de Guerra y Marina. Antiliberal convencido, absolutista vehemente, manifestó su celo por la defensa y conservación del Altar y Trono. Cuando regresa Fernando VII en 1814, le nombra el 12 de junio primer fiscal del Consejo y Cámara de Castilla³⁸.

D) Consulta de la Cámara, 8 de mayo de 1815

Propone ministros para la plaza del Consejo de Castilla vacante por muerte de Jerónimo Díez. Votan el presidente del Consejo, Gonzalo José de Vilches, José Joaquín Colón, Manuel de Lardizábal, Antonio Villanueva, Bernardo de Riega, el conde del Pinar y Sebastián de Torres.

En primer lugar, Ramón López Pelegrín, fiscal del Consejo Real.

En segundo, con seis votos, José Cavanilles, alcalde de Casa y Corte. Los camaristas Vilches y Torres votaron a Vicente Fita, alcalde de Casa y Corte.

En tercero, Miguel Antonio Blanes, decano de la Audiencia de La Coruña, obtuvo seis votos. El presidente y Vilches votaron a Torcuato Antonio Collado, ex teniente de corregidor de Madrid.

Pelegrín –que ocupará el ministerio de Ultramar durante el trienio liberal³⁹– es el candidato elegido por el rey⁴⁰.

³⁸ AHN, Estado, legajo 128; Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4718/6840.

³⁹ MOLAS RIBALTA: *Los magistrados de la Ilustración*, p. 132.

⁴⁰ La Cámara propuso el 24 de mayo de 1815 para la fiscalía que dejó Pelegrín:

1. José Cavanilles, alcalde de Casa y Corte. Los camaristas Vilches y Torres votaron a Vicente Fita, alcalde de Casa y Corte.

2. Miguel Antonio Blanes, decano de la Audiencia de Galicia. Lardizábal, Villanueva y Riega optaron por Diego José Salazar, fiscal de lo civil de la Chancillería de Granada; y Colón por Fita.

E) Consulta de la Cámara, 10 de junio de 1815

Propone ministros para las dos plazas del Consejo Real que el rey «se ha servido mandar consultar últimamente». Acuden a la sesión el presidente del Consejo, Gonzalo José de Vilches, José Joaquín Colón, Manuel de Lardizábal, Antonio Villanueva, Bernardo de Riega, el conde del Pinar y Sebastián de Torres.

Para la primera son propuestos:

En primer lugar, Juan Benito Hermosilla, regente de la Audiencia de Oviedo.

En segundo, Manuel de Ondarza, regente de la Audiencia de Sevilla.

En tercero, Miguel Antonio Blanes, decano de la Audiencia de La Coruña.

Para la segunda:

En primer lugar, José Cavanilles, alcalde de Casa y Corte.

En segundo, con cinco votos, Salvador López del Pan, alcalde de Casa y Corte. Vilches, Colón y Torres votaron a Vicente Fita, alcalde de Casa y Corte.

En tercero, con cinco votos, al mismo Fita. Vilches y Torres a Torcuato Antonio Collado, ex teniente de corregidor de Madrid. Colón al referido López del Pan.

Son nombrados Hermosilla y Ondarza. El primero, había recibido el 5 de septiembre de 1802 su título de nombramiento de regente de la Audiencia de Canarias. Como tal desempeña la intendencia de propios y arbitrios de las siete islas y las subdelegaciones siguientes: de pósitos, de penas de cámara, de lanzas y medias annatas, de las Juntas del montepío ministerial y de corregidores y alcaldes mayores. Además será subdelegado de la Dirección general del Real noveno decimal extraordinario en el obispado de Canarias y juez interventor de la Administración de la Real gracia del excusado del mismo. Por real orden de 17 de marzo de 1807 es comisionado regio para la venta de los baldíos y realengos de las siete islas. Durante su regencia promueve la construcción de escuelas de primeras letras, imponiendo arbitrios para abonar los sueldos a los maestros, fomenta la agricultura con el repartimiento de tierras a labradores pobres y finaliza el plan para el establecimiento de nuevas poblaciones en Canarias. Asimismo dispuso el arreglo del archivo provincial, trabajó para mejorar el gobierno y administración de los hospitales de las islas y facilitó la edificación de la Casa-Audiencia y de la cárcel. En la mañana del 19 agosto de 1808, junto con el fiscal Juan Ramón de Osses, fue detenido por una cuadrilla de soldados y conducido a la isla de Tenerife donde padeció cuatro meses de prisión. En 1809 se traslada a Sevilla, donde residía la Junta Central, para informar del estado político de las islas Canarias.

3. Torcuato Antonio Collado, ex teniente de corregidor de Madrid. Lardizábal y Villanueva votaron al expresado Blanes; Riega a Wenceslao Argumosa, ex agente fiscal del Consejo, y el conde del Pinar a José Salvador López del Pan, alcalde de Casa y Corte.

El rey nombró cuatro días más tarde, en el despacho celebrado con su ministro de Justicia, a Mateo Sandoquis, fiscal de la Sala de Corte, y que no figuraba en la anterior consulta. AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4830/9573.

El 7 de enero de 1810 juró la plaza de regente de la Audiencia de Asturias. Como regente del principado, desempeñará las comisiones inherentes al puesto, como la subdelegación de rentas, la de penas de cámara, el gobierno político del principado, la presidencia de las Juntas generales y de la Diputación. El 29 de aquél mes, cuando los franceses arriban a Pola de Siero, el regente y su familia salen de Oviedo con tres bestias de bagaje, dejando empaquetada y sin tocar su librería y la mayor parte de su equipaje. El 30, llega a Malleza. El 14 del mes siguiente se apoderan los enemigos del puente de Peñaflor, estableciéndose en Grado y llegando sus avanzadillas al Narcea. No estando ya seguro en Salas, el comandante general Arce trasladó su cuartel general a las inmediaciones de Luarca; y el 17, por la misma razón, el regente se dirigió al Priorato de Otur. Cuando el 29 de mayo los franceses se repliegan al centro de Oviedo y dejan libres Luarca, Navia, Salas y otros concejos, el regente subdelegado de rentas ordena que se trasladen las oficinas de rentas a Figueras, en tanto que en Castropol se sitúan el Consejo Supremo de Guerra y la Audiencia. El día 5 de julio los franceses toman Castropol y Figueras, residencia de las autoridades. Hermosilla se adelanta al puerto de Vivero, donde luego llegan los miembros de la Audiencia. El 23, se traslada el regente y magistrados a Ribadeo. Los continuos viajes y persecuciones le hacen enfermar gravemente, obteniendo del Consejo Supremo de la Regencia el 30 de noviembre una licencia de dos meses para restablecer su salud en un pueblo de Galicia. Recuperado de su dolencia regresa a Ribadeo, donde residían todos los empleados. Finalmente, la noche del día 13 de junio de 1811 y la madrugada del 14 evacuan los franceses la capital del principado. El 18, en el pueblo de Figueras se cantó misa, asistiendo a ella la Audiencia, Junta superior y mandos del ejército y a continuación se dio orden para que todos los empleados se trasladaran a Oviedo. El regente entra en la capital el 23 y dos días después los magistrados. La Audiencia conocerá de todas las causas de infidencia de los arrestados por el general Francisco Javier Losada y de otros muchos que lo fueron después por ella. El Regente subdelegado de rentas, conforme con el voto común de la Audiencia, comandante general, Junta y pueblo, suspendió a todos los empleados de rentas que habían servido a los franceses, remitiendo sus causas al tribunal privativo de seguridad pública, para que fuesen juzgados⁴¹.

En cuanto a Ondarza, fue nombrado por Carlos IV en 1795 para servir la fiscalía de la real Audiencia de Asturias. Su comportamiento durante la dominación francesa, hizo que los vocales de la Junta del Principado recomendaran su mérito a la Suprema Junta Central Gubernativa del reino, la cual en 6 de julio de 1809 le nombró regente de la Audiencia de Canarias. En este destino le cogería la epidemia que en el otoño de 1811 padeció la ciudad de Las Palmas, sosteniendo y auxiliando a sus habitantes hasta que se contagió. Por sus sacrificios sería recomendado por el ayuntamiento al Gobierno, por lo cual y por haberse quebrado su salud por no aclimatarse a aquella zona, fue trasladado el 6 de octubre de 1812 a la regencia de Sevilla⁴².

⁴¹ AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4505/3984.

⁴² AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4390/2280.

F) Consulta de la Cámara, 31 de octubre de 1815

Propone ministros para la plaza del Consejo de Castilla vacante por muerte de Manuel León Santos de San Pedro, que no llegó a tomar posesión. Intervienen: el presidente del Consejo, José Joaquín Colón, Manuel de Lardizábal, Antonio Villanueva, Bernardo de Riega, el conde del Pinar, Sebastián de Torres y Francisco Marín.

En primer lugar, con cinco votos, es votado Francisco Xavier Olea y Carrasco, regente de la Audiencia de Cataluña. Colón, Villanueva y Marín votaron a Francisco Xavier Adell, ministro togado más antiguo del Consejo de las Órdenes.

En segundo, con cinco votos, José de Montemayor. Colón, Villanueva y Marín votan a Francisco Javier Olea y Carrasco.

En tercero, José de Montemayor, que obtiene los votos de Colón, Villanueva y Marín. Lardizábal, el conde del Pinar y Sebastián de Torres votan a Tadeo Soler, decano de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte. En tanto que el presidente del Consejo y Riega lo hacen a Francisco Alfonso Tuero, alcalde de Casa y Corte.

Fernando VII nombra a Olea, que renuncia, y entonces elige a Montemayor, a quien la Regencia del reino, a propuesta del Consejo de Estado, le había nombrado en 1812 regente de la Audiencia de Mallorca, expidiéndose el correspondiente título el 10 de diciembre⁴³.

G) Consulta de la Cámara, 30 de marzo de 1816

Propone ministros para la plaza del Consejo de Castilla, vacante por muerte de Antonio Villanueva. El presidente del Consejo y los camaristas José Joaquín Colón, Manuel de Lardizábal, Bernardo de Riega, el conde del Pinar y Francisco Marín participan en la votación, cuyo resultado fue como sigue.

En primer lugar, con cuatro votos, José Cavanilles, alcalde de Casa y Corte. Colón votó a Diego José Salazar, fiscal de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, y Marín a Francisco Javier Adell, consejero más antiguo togado de Órdenes.

En segundo, con tres votos, José Salvador López del Pan, alcalde de Casa y Corte. Colón y Marín votaron a Cavanilles, y el presidente del Consejo a Salazar.

En tercero, con tres votos, Diego José Salazar. Colón y Marín votan a Miguel Antonio Blanes, regente de la Audiencia de Asturias, y el presidente del Consejo a Salvador López del Pan.

El finalmente nombrado es un alcalde de Casa y Corte, no incluido en la consulta: Felipe de Sobrado. El 7 de octubre de 1807 había sido nombrado Sobrado alcalde del crimen de la Audiencia de La Coruña. En 1808 la Junta titulada soberana del reino de Galicia le elige para desempeñar la arriesgada comisión de los tumultos de El Ferrol y Betanzos. El mismo año servirá sin sueldo alguno por espacio de siete meses la asesoría de rentas. En 1809 sería uno de los ministros del Tribunal de Seguridad Pública establecido en Galicia

⁴³ AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4576/4935.

por el conde de Noroña, y planteado después por el marqués de la Romana, quien, en atención a su quebrantada salud, le eximiría de aquél cometido, distinguiéndole con el de censor de todos los papeles públicos. En febrero del mismo año pasaría a El Ferrol, por disposición de una Junta establecida en Galicia poco antes de la disolución de la Central y de los demás desastres de aquella época, a proceder contra los autores y cómplices del atentado cometido contra el comandante general de aquel Departamento. En 1810 asciende a oidor de la Audiencia de Galicia. A comienzos de 1811 el Consejo de Regencia le nombró jefe de la comisión regia, establecida en La Coruña, para examinar y habilitar los buques procedentes de país ocupado por franceses. Serviría este encargo sin sueldo, gratificación ni derecho alguno⁴⁴.

H) **Consulta de la Cámara, 1 de septiembre de 1819**

Propone ministros para la plaza del Consejo de Castilla, vacante por muerte de Sebastián de Torres. Asisten: José Joaquín Colón, Manuel de Lardizábal, Bernardo de Riega, José María Puig, Domingo Fernández de Campomanes, Ignacio Martínez de Vilella y Francisco Marín.

Votan:

Vicente Cano Manuel, regente de la Chancillería de Granada, en primer lugar, obtiene seis votos, Riega votó a Miguel Antonio Blanes, regente de la Chancillería de Valladolid.

En segundo, Miguel Antonio Blanes, con seis votos. Riega votó a Vicente Cano Manuel.

En tercero, Francisco Fernández del Pino, regente de la Audiencia de Extremadura.

Fernando VII designa al hermano del abate que fuera director del Jardín Botánico, José Cavanilles, decano de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte y que no iba propuesto en la consulta. Durante la dominación napoleónica, sirvió por mandato de la Junta de Galicia la superintendencia general de policía. Los franceses le tuvieron preso en un pontón, y después bajo vigilancia en casa, adonde fue trasladado por estar enfermo. El mariscal Ney, por haber contribuido Cavanilles a los malos tratos padecidos por los franceses durante la insurrección, le suspendió por decreto de 28 de abril de 1809 de sus funciones. Una vez hubo entrado en La Coruña el conde de Noroña el 29 de junio de ese año, le reintegró en su plaza y comisiones, nombrándole al propio tiempo presidente de un Tribunal de Seguridad Pública. Fue gobernador de la Sala del Crimen de la Audiencia de La Coruña durante el bienio 1810-1812. El Consejo de Estado le propuso el 15 de marzo de 1814 en primer lugar para la plaza de fiscal de la Audiencia de Madrid, siendo nombrado para ella el 29 del mismo. Sin embargo, no llegó a tomar posesión debido al restablecimiento del absolutismo⁴⁵.

⁴⁴ AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4612/5376.

⁴⁵ AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4328/1542.

I) Consulta de la Cámara, 3 de noviembre de 1819

Propone ministros para las dos plazas del Consejo de Castilla que resultan vacantes por muerte del marqués de Negrón y de Gonzalo José de Vilches. Participan en las votaciones el presidente del Consejo, Manuel de Lardizábal, Bernardo de Riega, José María Puig, Domingo Fernández de Campomanes, Ignacio Martínez de Villela y Francisco Marín.

Para la primera son propuestos:

En primer lugar, Vicente Cano Manuel, regente de la Chancillería de Granada.

En segundo, Francisco Fernández del Pino, regente de la Audiencia de Extremadura.

En tercero, con cinco votos, José Salvador López del Pan. El presidente del Consejo y Puig votaron a Juan López Vinuesa, regente de la Audiencia de Barcelona.

Para la segunda:

En primer lugar, Miguel Antonio Blanes, regente de la Chancillería de Valladolid.

En segundo, con cuatro votos, Alejandro Dolarea, ministro del Consejo de Órdenes. Campomanes y Martínez de Villela votaron a Pedro Puente, corregidor de Lorca, y el presidente a Juan Garrido López, regente del Consejo de Navarra.

En tercero, con seis votos, Manuel Fernández Gamboa, alcalde de Casa y Corte. Campomanes votaría a Tomás de Arizmendi, oidor de la Chancillería de Valladolid.

Los nombramientos recaen en Blanes y Puente. El primero había sido nombrado en 1795 oidor de la Audiencia de La Coruña. Cuando se produce en Galicia en junio de 1808 la insurrección, le elegirá la Junta, entonces soberana, por uno de los vocales de la Comisión o Junta de Guerra. Cuando Galicia queda libre de franceses, en julio de 1809, el marqués de la Romana le nombra para intervenir como auditor de guerra en el Tribunal Militar creado en La Coruña. El mismo marqués le comisiona el 28 del mismo mes para reconocer e inventariar varios efectos, cajas, baúles y bultos correspondientes a franceses y afrancesados. Recaudará 1.286.014 reales, que ingresó en la tesorería con destino a las urgencias del ejército. En enero de 1810 se forma una Junta de Subsidios y Armamento, que se disuelve en octubre de ese año, siendo electo uno de sus vocales. Habiéndose establecido en marzo del año siguiente el Consejo de Guerra permanente del sexto ejército, en sustitución del Tribunal Militar, fue nombrado para ejercer también como en éste de auditor de guerra.

El 21 de mayo de 1813 el jefe político de Ciudad Real le comunicaba oficialmente que la Junta Electoral le había nombrado por unanimidad diputado propietario para las próximas Cortes ordinarias. El mes de septiembre, una vez obtenido el oportuno permiso de la Regencia del reino, se ausenta de

La Coruña y se traslada a Cádiz. El primero de octubre tomará asiento en el Congreso⁴⁶.

Carlos III había creado en 1785 la Real Empresa de Riegos y Pantanos de Lorca y Águilas, con el fin de fomentar una gran parte de sus vastas campiñas, y de establecer una población y un puerto. Con Carlos IV vino a menos esta empresa y Fernando VII, en 1815, erigió en Lorca un corregimiento político dependiente privativamente de la primera Secretaría de Estado y del Despacho, uniendo a él la empresa, y nombró para ambos destinos al ex oidor de la Audiencia de Méjico Pedro de la Puente, a quien se le concedió al mismo tiempo los honores, antigüedad y sueldo de alcalde de Casa y Corte. Por un decreto de 16 de enero de 1816 se dispuso que Puente fuese además juez administrador y superintendente general de la empresa de Lorca y Águilas; practicando como tal los ensayos convenientes hasta encontrar con el mejor medio de restituir a su antigua fertilidad los 12 ó 14.000 fanegas de tierra salobres. Las facultades que se atribuían a Puente en aquel decreto eran: la formación de un reglamento conteniendo las competencias y obligaciones de cada uno de los empleados de la empresa; la elaboración de una ordenanza de riegos; informar con que caudales podría contarse para las obras de ese año; enviar cada seis meses un estado puntual de las entradas y salidas de fondos, y otro anual de sus progresos como corregidor político⁴⁷.

J) Consulta de la Cámara, 24 de enero de 1820

Propone ministros para la plaza del Consejo de Castilla, vacante por muerte de Manuel de Ondarza. Asisten a la reunión: el presidente del Consejo, José Joaquín Colón, Manuel de Lardizábal, Bernardo de Riega, José María Puig, Domingo Fernández de Campomanes, Ignacio Martínez de Villela y Francisco Marín, que votan:

En primer lugar, Vicente Cano Manuel, regente de la Chancillería de Granada.

En segundo, Francisco Fernández del Pino, regente de la Audiencia de Extremadura.

En tercero, con tres votos, Juan López de Vinuesa, regente de la Audiencia de Cataluña. El presidente y Colón votaron a Alejandro Dolarea, ministro del Consejo de Órdenes; Lardizábal a Miguel Ramón Modet, regente de la Audiencia de Valencia; Campomanes a José Salvador López del Pan, decano de la Sala de Corte, y Martínez de Villela a José Ignacio de Llorens, regente de la Audiencia de Galicia.

El elegido es Dolarea, que obtuvo dos votos en tercer lugar. Dolarea era desde 1793 síndico consultor del reino de Navarra. Cuando se produce la

⁴⁶ *Actas de las sesiones de la Legislatura ordinaria de 1813*, Madrid, 1876; *Actas de las sesiones de la Legislatura ordinaria de 1814*, Madrid, 1876; AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, leg. 4289/974.

⁴⁷ *Gaceta de Madrid*, 8 de febrero de 1816.

invasión francesa, se negará mediante consejos, oficios y representaciones a reconocer la nueva dinastía napoleónica y, por ende, al rey intruso José I, resistiéndose a su proclamación y jura. En agosto de 1808 emigra junto con otros individuos de la Diputación navarra. El mes de mayo del año siguiente se presenta en Sevilla. Los vocales de la Junta Suprema Central por el reino de Navarra Miguel de Balanza y Carlos Amatria, alegando los méritos profesionales y el comportamiento patriótico de Dolarea, solicitaban para él el 21 de abril de 1809 la primera plaza que vacare de oidor del Consejo de Navarra. Unos meses más tarde, el 14 de septiembre, la Junta Suprema Gubernativa le nombraba para la primera vacante que se verificara de plaza nacional en la Sala del Crimen del Consejo navarro. La Comisión de Cortes nombrará el 27 de septiembre de 1809 a los miembros de la Junta de Legislación. Presidida por Rodrigo Riquelme, la integraban inicialmente Manuel de Lardizábal, José Pablo Valiente, Antonio Ranz Romanillos, José Blanco —que rechazó el nombramiento—, Alejandro Dolarea, el conde del Pinar y Agustín de Argüelles, como secretario con voz y voto. El 4 del mes siguiente comienza sus sesiones la Junta, que finalizan el 19 de enero de 1810. Las reuniones se celebraron en el Palacio arzobispal de Sevilla, y a partir de diciembre en la posada del conde del Pinar. El cometido de la Junta era el examen y propuesta a la Comisión de todas las reformas necesarias en las diferentes materias legislativas.

El 21 de noviembre de 1809 integra la Junta establecida con objeto de arreglar los puntos relativos a la forma que debían congregarse las Cortes generales, cuyas sesiones se celebraron en la posada del presidente de ella, el conde de Ayamans. El Consejo de Regencia de España e Indias le confirió el 9 de octubre de 1810 la plaza de fiscal interino de lo civil y criminal de la Real Audiencia de Sevilla. José Antonio de Larrumbide, ministro de Gracia y Justicia, le comunica el 7 de mayo de 1811 que ha sido nombrado juez comisionado del auditor general del cuarto ejército, Manuel Vicente Fernández, para conocer la causa de los empleados del hospital militar de San Carlos de la isla de León. Dolarea formaría causa contra el médico consultor honorario del ejército Villariño por haber publicado un impreso titulado «Aviso a los hombres sensibles». Enterada la Regencia del reino de lo expuesto por la Cámara en consulta de 11 de enero de 1812, a consecuencia de lo representado por el regente de aquella Audiencia sobre la necesidad de aumentar en tres o cuatro ministros en ella, acordó con anuencia de las Cortes Generales y Extraordinarias agregar por vía de comisión al enunciado tribunal a los magistrados de la Chancillería de Valladolid Antonio Seoane y Santiago Zapata, y al del Consejo de Navarra Alejandro Dolarea. La propia Regencia del reino le nombra el 2 de septiembre de 1813 para la plaza de ministro del Tribunal Especial de Órdenes, vacante por dimisión de Juan Pérez Tafalla.

Elegido diputado por Navarra en 1813 para las Cortes. El 15 de enero de 1814 abren sus sesiones en Madrid. Cinco días después Dolarea prestaba el juramento preceptivo y tomaba asiento en el Congreso. El 19 de febrero acaba la legislatura correspondiente al año de 1813. El 25, se instalan las Cortes en su

segunda legislatura. El presidente y secretarios de las Cortes le nombran el primero de marzo para la Comisión del orden y gobierno interior del edificio de las Cortes, el día siguiente es nombrado para el Tribunal de Cortes, el 8 para la Comisión de Gracia y Justicia y el 28 para la Comisión del patrimonio del rey⁴⁸.

Fiscales y Consejeros de Castilla (1814-1820). Apuntes Biográficos*

ADELL Y DE BIE, FRANCISCO JAVIER

- Valencia, 1 de junio de 1789.
- Padres: Salvador Adell y Ferragut, barón de la Chova, natural de Valencia, y María Francisca de Bie y Volterra, nacida en San Felipe.
- Mujer: Amparo Tamarit.
- Caballero de Montesa, 1803.
- Segundo oficial sexto de la Secretaría de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia, 1806.
- Consejero de Órdenes, decreto, 16 de septiembre de 1810.
- Magistrado del Tribunal Especial de Órdenes, junio de 1812.
- Consejero de Órdenes nuevamente en junio de 1814.
- Asesor del juzgado particular del Real Canal de Manzanares, 1818.
- Consejero de Castilla, decreto, 1 de julio de 1818. Plaza vacante por fallecimiento de Nicolás María de Sierra.
- Magistrado nuevamente del Tribunal Especial de Órdenes (1820-1823).
- Consejero rpeuesto de Castilla, 1823.

⁴⁸ *Actas de las sesiones de la Legislatura ordinaria de 1813*, Madrid, 1876; *Actas de las sesiones de la Legislatura ordinaria de 1814*, Madrid, 1876. AHN, Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, legajo 4390/2280. F. TOMÁS Y VALIENTE: «Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas Leyes Fundamentales a una sola Constitución», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXV (1995), p. 77.

* Algunas de estas biografías las publiqué en «Consejeros de Castilla en el reinado de Carlos IV», en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, t. II, Volumen*, pp. 187-238, incorporado más tarde en *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999. No obstante, han sido revisadas, aportando ahora nuevos datos, suministrados, sobre todo, por la documentación manuscrita. Incluyo también las biografías de Ric, de Olea –que renunciaron al puesto– y de León Santos de San Pedro–, que falleció antes de tomar posesión.

Hasta el momento la única relación de consejeros y fiscales de Fernando VII es la que aportó J. M. PUYOL MONTERO, en su tesis doctoral editada en soporte informático: *El Consejo Real de Castilla durante el reinado de Fernando VII*, 2 vols. Madrid, 1992, pp. 1227-1253.

- Jubilado, decreto, Palacio, 20 de febrero de 1824.
- Repuesto en el Consejo de Castilla, decreto, 17 de julio de 1826.
- Falleció en Madrid, 18 de noviembre de 1832.

ÁLVAREZ DE CONTRERAS, ANTONIO

- Guadalcanal, III-1750.
- Bachiller en Artes (31 de mayo de 1770) y en Leyes (3 de julio de 1773) por la Universidad de Salamanca.
- Abogado de los Reales Consejos (9 de septiembre de 1777), incorporado al colegio de abogados de la Corte (24 de agosto de 1778).
- Fiscal de lo Criminal de la Audiencia de Aragón, 20 de septiembre de 1795. Título, 6 de octubre de 1795.
- Regente de la Audiencia de Canarias, decreto, 17 de agosto de 1800.
- Consejero de Castilla, decreto, 5 de septiembre de 1802. Jura: 6 de diciembre de 1802.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Consejero de Castilla cesante, 1820.
- Consejero de Castilla repuesto, 1823.
- Jubilado, decreto, 20 de febrero de 1824, con todo el sueldo y honores de la Cámara.

ARIAS DE PRADA, BENITO

- Rubiana, 14 de marzo de 1760.
- Bachiller en Leyes (21 de mayo de 1779) y en Cánones (27 de junio de 1781).
- Licenciado (28 de junio de 1782) y doctor (29 de junio de 1782) en Cánones por la Universidad de Oñate.
- Abogado de los Reales Consejos, 28 de febrero de 1785.
- Abogado del Colegio de Madrid, 25 de julio de 1789.
- Fiscal del juzgado de la fábrica real de porcelana del Real Sitio del Buen Retiro, título, 23-X- 1789.
- Alcalde del Crimen de la Audiencia de Extremadura. Resolución a consulta de la Cámara de 5 de junio de 1793.
- Oidor de la misma Audiencia, decreto, 4 de febrero de 1799.
- Oidor de la Chancillería de Valladolid, decreto, 26 de enero de 1803.
- Alcalde de Casa y Corte, decreto, 19 de marzo de 1806. Plaza vacante por promoción de Manuel de Torres Cónsul a fiscal del Consejo de Hacienda. Jura, 28 de abril de 1806.
- Consejero supernumerario de Castilla, decreto, 9 de abril de 1808. Toma posesión, 10 de mayo de 1808.

- Diputado a Cortes por la provincia de Galicia, 1813.
- Es uno de los sesenta y nueve diputados firmantes del Manifiesto de los Persas, el 12 de abril de 1814.
- Consejero repuesto de Castilla, decreto, 3 de junio de 1814.
- Superintendente general de policía y vigilancia del reino, 1816.
- Consejero de Castilla cesante, 1820.
- Falleció en Madrid, 24 de junio de 1823.

ARJONA, FRANCISCO

- Málaga, 3 de octubre de 1743.
- Bachiller en Cánones por la Universidad de Granada, 9 de marzo de 1767.
- Abogado de la Chancillería de Valladolid, 25 de noviembre de 1776.
- Alcalde del Crimen de la Chancillería de Valladolid. Resolución a consulta de la Cámara de 20 de septiembre de 1777.
- Oidor de ella. Resolución a consulta de la Cámara de 6 de diciembre de 1786. Jura: 22 de febrero de 1787. Toma de posesión, 22 de febrero de 1787.
- Regente de la Audiencia de Cataluña. Resolución a consulta de la Cámara de 8 de agosto de 1798. Sucede a Pedro Gómez Ibar Navarro.
- Fiscal del Consejo de Castilla. Resolución a consulta de la Cámara de 17 de febrero de 1802. Título, 29 de mayo de 1802.
- Consejero de Castilla, decreto, 1 de marzo de 1807. Plaza vacante por fallecimiento de José Antonio Fita. Título, 13 de marzo de 1807.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Maestrescuela de la metropolitana de Sevilla, 1815.

BLANES, MIGUEL ANTONIO

- Alcaraz, 29 de septiembre de 1757.
- Mujer: María Dolores Vázquez de Zulaibar.
- Bachiller en Artes (29 de junio de 1776) y en Leyes (29 de abril de 1779) por la Universidad de Toledo.
- Abogado de los Reales Consejos (21 de julio de 1783).
- Auditor de guerra, alcalde mayor y asesor del Ministerio de Hacienda en las plazas de Orán y Mazarquivir, 1788.
- Alcalde del Crimen de la Audiencia de La Coruña, 1792.
- Oidor de la misma Audiencia, 1795.
- Diputado por la provincia de Ciudad Real para las Cortes ordinarias, 1813.
- Regente de la Audiencia de Asturias, decreto, Palacio, 11 de septiembre de 1815. Plaza vacante por promoción de Juan Benito Hermosilla al Consejo Real.

- Regente de la Chancillería de Valladolid, decreto, Palacio, 3 de mayo de 1818. Plaza vacante por jubilación de Manuel Gutiérrez del Bustillo.
- Honores de consejero de Castilla, decreto, 16 de octubre de 1819.
- Consejero de Castilla. Resolución a consulta del Consejo de la Cámara de 3 de noviembre de 1819. Toma de posesión: 1 de marzo de 1820.
- Magistrado del Tribunal Especial de Guerra y Marina, 21 de agosto de 1820.
- Consejero nuevamente de Castilla, 1823.
- Jubilado, decreto, Palacio, 20 de febrero de 1824.
- Falleció en Lugo, IX-1825.

CAVANILLES Y MAS, JOSÉ

- Valencia, III-1767.
- Padres: José Cavanilles y Llasano, y Eulalia Mas y Damiá.
- Mujer: María Josefa Centi y Argüelles.
- Hijos: José María, promotor fiscal de la conservaduría de montes; Antonio, nacido en La Coruña el 1 de febrero de 1805, abogado de los Reales Consejos, capitán y personero del común de Madrid, perteneció a las Reales Academias de la Historia y de Ciencias Morales y Políticas, investido caballero Gran Cruz de la orden americana de Isabel la Católica, sería gentilhomme de cámara de la reina Isabel II; María Dolores y Josefa.
- Abogado de la Audiencia de Valencia, 9 de julio de 1792.
- Alcalde mayor de la Audiencia de Asturias. Resolución a consulta de la Cámara de 27 de febrero de 1796. Toma de posesión: 25 de mayo de 1796. Subdelegado de rentas de Oviedo, durante las ausencias del regente, 2 de mayo de 1801.
- Oidor de la Audiencia de Galicia, decreto, 1 de septiembre de 1803. Toma de posesión: 3 de noviembre de 1803. Juez de alzadas sustituto del consulado de La Coruña, 16 de junio de 1804. Juez protector del voto de Santiago en el distrito de la Audiencia de Galicia, 11 de agosto de 1806. Juez interventor de las rentas de Antonio María Osorio y del coronel Antonio Zuazo, marqués de Almeyras.
- Fiscal de la Audiencia de Madrid. Resolución a consulta del Consejo de Estado de 15 de marzo de 1814. No tomó posesión.
- Alcalde de Casa y Corte. Toma de posesión: 3 de junio de 1814.
- Consejero de Castilla. Resolución a consulta de la Cámara de 1 de septiembre de 1819. Título, 31 de octubre de 1819. Toma de posesión: 8 de noviembre de 1819.
- Cesante (1820-1823).
- Consejero de Castilla repuesto, 30 de mayo de 1823. Presidente de las Juntas generales, de la compañía de impresores y libreros del reino, Real orden, 25 de julio de 1823. Vicepresidente de la junta del montepío de corregidores y alcaldes mayores, 27 de febrero de 1824. Juez protector

- de la memoria fundada en Almería por Micaela de la Cueva, 14 de octubre de 1824. Juez interventor de los estados de Aragón, que usufructuaba la duquesa viuda de Híjar, 5 de junio de 1828. Juez protector de las obras pías fundadas en la villa de Algete por el obispo de Málaga Juan Alonso Moscoso, Real Cédula, 23 de octubre de 1828. Vocal de la Junta Suprema de Apelaciones de Correos, Real Orden, 30 de octubre de 1828. Vocal de la Junta Suprema del Real Patrimonio, 19 de noviembre de 1828. Director de la Universidad Literaria de Oviedo.
- Honores de la Cámara, 27 de julio de 1833.
 - Cesante, Real orden, 8 de abril de 1834.
 - Falleció en Madrid, 19 de enero de 1844.

COLÓN DE LARREÁTEGUI XIMÉNEZ DE EMBÚN, JOSÉ JOAQUÍN

- Barcelona, 10 de abril de 1742.
- Padres: Pedro Colón de Larreátegui, consejero de Castilla, natural de Madrid, y María Antonia Ximénez de Embún, de la Almunia de Doña Godina.
- Bachiller en Leyes (24 de abril de 1759) por la Universidad de Huesca, cuyo grado incorporó el 30 de octubre de 1762 a la Universidad de Valladolid.
- Colegial mayor de Santa Cruz, donde fue rector, vicerrector, juez claustral y consiliario.
- Juez mayor de Vizcaya. Resolución a consulta de la Cámara de 17 de julio de 1776.
- Oidor de la Chancillería de Valladolid. Resolución a consulta de la Cámara de 2 de mayo de 1781. Toma de posesión: 1 de octubre de 1781.
- Corregidor del señorío de Vizcaya. Resolución a consulta de la Cámara de 6 de febrero de 1782. Toma de posesión, 26 de septiembre de 1782.
- Alcalde de Casa y Corte. Resolución a consulta de la Cámara de 28 de enero de 1789. Plaza vacante por promoción de Luis Melgarejo a consejero de Órdenes. Toma de posesión: 17 de julio de 1789.
- Caballero de Carlos III, 12 de noviembre de 1789.
- Consejero de Castilla, decreto, 2 de octubre de 1791. Plaza vacante por fallecimiento de Gregorio Portero de la Huerta. Título, 11 de octubre de 1791. Toma de posesión: 16 de octubre de 1791.
- Separado del Consejo de Castilla, decreto, 4 de junio de 1794.
- Repuesto en el Consejo de Castilla, 23 de marzo de 1808.
- Uno de los cuatro consejeros de Castilla asistente a Bayona para firmar el Estatuto, 1808.
- Miembro del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 25 de junio de 1809.
- Consejero en el restablecido Consejo de Castilla, 16 de septiembre de 1810.

- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Consejero de Castilla repuesto, 3 de junio de 1814.
- Camarista, 8 de junio de 1814. Título, 19 de junio de 1814.
- Presidente del honrado concejo de la Mesta.
- Consejero de Castilla cesante, 1820.

CORTABARRÍA BARRUTIA, ANTONIO IGNACIO DE

- Oñate, 23 de abril de 1756.
- Padres: Francisco Cortabarría y Cortázar y María Josefa Barrutia y Azcarretazábal, ambos de Oñate.
- Bachiller en Leyes (20 de mayo de 1774) y en Cánones (22 de octubre de 1776), y licenciado en Cánones (13 de noviembre de 1778) por la Universidad de Oñate.
- Doctor y catedrático sustituto de Digesto en dicha Universidad.
- Abogado de los Reales Consejos, 18 de enero de 1778.
- Catedrático sustituto de Colecciones Canónicas de la Universidad de Salamanca, 1778-1779.
- Fiscal de la Junta de Caballería, decreto, 13 de septiembre de 1796.
- Consejero de Castilla, decreto, 18 de noviembre de 1802. Título, 3 de diciembre de 1802. Jura: 13 de diciembre de 1802.
- Miembro del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 25 de junio de 1809.
- Consejero en el restablecido Consejo de Castilla, 16 de septiembre de 1810.
- Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia. Resolución a consulta del Consejo de Estado de 14 de mayo de 1812.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de mayo de 1814.
- Falleció en Madrid, 12 de junio de 1815.

DÍEZ, JERÓNIMO ANTONIO

- Ministro de la Audiencia de Mallorca, decreto, 25 de febrero de 1799.
- Oidor de la Audiencia de Valencia, decreto, 8 de agosto de 1802.
- Regente de la Chancillería de Valladolid, decreto, 9 de marzo de 1806. Título, 31 de marzo de 1806. Toma de posesión: 12 de junio de 1806.
- Fiscal del Consejo Real, decreto, 1 de marzo de 1807. Plaza vacante por promoción de Gabriel de Achútegui a consejero de Castilla.
- Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia.
- Diputado a Cortes por Salamanca, 1813. Presidente de las Cortes.
- Es uno de los sesenta y nueve diputados firmantes del Manifiesto de los Persas, el 12 de abril de 1814.
- Consejero de Castilla, decreto, 3 de junio de 1814.
- Falleció en 1815.

DOLAREA Y PASCUAL DE NIEVA, ALEJANDRO

- Pamplona, 17 de agosto de 1758.
- Padres: Juan Dolarea y Joaquina Pascual de Nieva.
- Bachiller en Leyes por la Universidad de Huesca.
- Vicepresidente de la Academia Teórico-Práctica de Pamplona.
- Recibido y aprobado por abogado del Consejo Real de Navarra, 24 de octubre de 1780.
- Fiscal interino del Consejo de Navarra.
- Auditor de guerra sustituto del reino de Navarra y ejército.
- Síndico consultor del reino de Navarra (11 de diciembre de 1793/29 de agosto de 1808).
- Nombrado para la primera vacante que se verifique de plaza nacional en la Sala del Crimen del Consejo de Navarra, decreto, 14 de septiembre de 1809.
- Individuo de la Junta de Legislación, 27 de septiembre de 1809.
- Miembro de la Junta de Observación de Cortes, 21 de septiembre de 1809.
- Fiscal interino de la Audiencia de Sevilla, 9 de octubre de 1810.
- Agregado en comisión a la Real Audiencia de Sevilla, Real orden, 16 de marzo de 1812. Toma de posesión: 21 de marzo de 1812.
- Ministro del Tribunal Especial de Órdenes, 2 de septiembre de 1813. Plaza vacante por renuncia de Juan López Tafalla.
- Diputado a Cortes por Navarra, 1813. Miembro de la Comisión de orden y gobierno interior del edificio de Cortes, del Tribunal de Cortes, de la Comisión de Gracia y Justicia y de la Comisión del Patrimonio del Rey.
- Alcalde de Casa y Corte, 28 de mayo de 1814. Toma de posesión: 7 de junio de 1814.
- Consejero de Órdenes. Título: Palacio, 3 de febrero de 1815. Juramento: 4 de febrero de 1815.
- Ministro de la Junta apostólica por lo respectivo al Consejo de Órdenes, 14 de julio de 1818.
- Honores de consejero de Castilla, decreto, 16 de octubre de 1819.
- Consejero de Castilla. Título, Palacio, 6 de febrero de 1820. Juramento: Madrid, 10 de febrero de 1820.
- Magistrado del Tribunal Especial de las Órdenes, 20 de marzo de 1820.
- Diputado a Cortes por Navarra, 1821.
- Repuesto en el Consejo de Castilla, 30 de julio de 1823.
- Jubilado, decreto, Palacio, 20 de febrero de 1824.
- Falleció en Pamplona, 20 de octubre de 1829.

FERNÁNDEZ DE CAMPOMANES, DOMINGO

- Santa Eulalia de Sorriba, 4 de agosto de 1754.
- Padres: Fernando Fernández, nacido en Tineo, y Josefa Rodríguez Campomanes, de Sorriba.

- Mujer: Agustina Verdugo.
- Colegial de San Clemente de Bolonia, admitido el 2 de junio de 1773.
- Doctor en ambos derechos, 10 de octubre de 1778.
- Profesor de Derecho Canónico en la Universidad de Bolonia, 1775-1780.
- Alcalde de la Corte Mayor de Navarra.
- Oidor del Consejo Real de Navarra, 1781.
- Alcalde supernumerario de Casa y Corte, decreto, 2 de noviembre de 1794. Toma de posesión: 16 de noviembre de 1795.
- Alcalde de número de Casa y Corte, decreto, 24 de julio de 1796.
- Consejero de Castilla, decreto, 5 de septiembre de 1802. Toma de posesión: 4 de octubre de 1802.
- Consejero de la Inquisición.
- Juez de montes y sementeras por lo referente al reino, 1808.
- Juez de policía de Madrid, 5 de mayo de 1808.
- Consejero del restablecido de Castilla, 1811.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Diputado por Asturias a las Cortes, 1813. Miembro de la Comisión de Legislación, del Tribunal de Cortes y de la Comisión de Archivos. Vicepresidente de las Cortes. Es uno de los 69 diputados firmantes del Manifiesto de los Persas, el 12 de abril de 1814.
- Consejero de Castilla repuesto, 3 de junio de 1814.
- Caballero pensionista de Carlos III, 12 de junio de 1814.
- Presidente de la Junta General de Caridad, 1816.
- Camarista, decreto, 5 de mayo de 1819.
- Consejero de Castilla cesante, 1820.

GARCÍA DE LA TORRE, JOSÉ

- Torre de Esteban de Ambrán, 15 de agosto de 1774.
- Padres: Manuel García, natural del lugar de Esteros, abadía de Parraces, y Micaela de la Torre, de Torre de Esteban de Ambrán.
- El 18 de diciembre de 1805 contrae matrimonio en Toledo con Jacinta Ramona del Conde, hija de Manuel del Conde Vallejo, nacido en el lugar de Villanueva, y de Ana María del Conde, natural del lugar de Río, en el valle de Mena.
- Hijos: Jacinta, que casaría con el marqués de Casa-Jara; Juana de la Cruz, nacida en Madrid el 24 de noviembre de 1815, y María Carmen, nacida también en Madrid el 11 de julio de 1827.
- Fiscal del Consejo de Castilla, 1817.
- Consejero de Estado, 29 de diciembre de 1825.

GÓMEZ, TADEO SEGUNDO*

- Teruel.
- Fiscal del Consejo de Hacienda, decreto, 6 de octubre de 1802.
- Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia. Resolución a consulta del Consejo de Estado de 14 de mayo de 1812.
- Diputado para las Cortes Generales, 1813. Miembro de la Comisión del plan de archivos, de la Comisión del código mercantil, de la Comisión de Hacienda, de la Comisión de reforma de aranceles en las nuevas aduanas, de la Comisión de arreglo de la contribución directa y del Tribunal de Cortes.
- Fue uno de los 69 diputados firmantes del Manifiesto de los Persas.
- Ministro togado del Consejo de Hacienda, decreto, 11 de agosto de 1814.
- Consejero de Castilla. Resolución a consulta del Consejo de la Cámara de 18 de enero de 1815.
- Falleció en Madrid, VI-1818.

GONZÁLEZ CARRILLO, JUAN ANTONIO

- Orihuela, 1746.
- Padres: José González Ampuero y Rosa Carrillo y Gutiérrez, nacidos en Gibaja (Cantabria) y Poza (Burgos), respectivamente.
- Mujer: su prima Nicolasa María Carrillo y Manzanal, nacida en Ciudad Rodrigo, hija del regidor perpetuo de ella, Andrés Carrillo y Gutiérrez, y de Luisa Manzanal. Tuvieron tres hijas: María del Rosario, Josefa Melchora, nacida en Canarias el 28 de julio de 1783, y María de los Reyes, también nacida en Canarias el 6 de enero de 1787.
- Oidor de la Audiencia de Canarias, 1778. Juez conservador del hospital real de San Lázaro.
- Oidor de la Chancillería de Granada, 1787.
- Regente de la Chancillería de Valladolid, 1800.
- Consejero de Castilla, decreto, 9 de marzo de 1806. Título, 31 de marzo de 1806. Jura: 16 de mayo de 1806.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Consejero de Castilla cesante, 1820.
- Consejero de Castilla repuesto, 1823.
- Falleció en Madrid. 7 de febrero de 1826.

* No incorpora Puyol en su catálogo.

GUTIÉRREZ DE LA HUERTA, FRANCISCO

- Salinas del Rosío.
- Agente fiscal del Consejo y Cámara.
- Diputado suplente por la provincia de Burgos, 1810. Vicepresidente de las Cortes. Miembro del Tribunal de Cortes y de la Comisión de Constitución.
- Fiscal tercero del Consejo Real, decreto, 12 de junio de 1814. Título de nombramiento: 20 de junio de 1814. Juramento de la plaza: 27 de junio de 1814.
- Antigüedad de consejero de Castilla, decreto, 28 de junio de 1815.
- Falleció en Salinas del Rosío.

HERMOSILLA, JUAN BENITO

- Pareja (Guadalajara), 8 de febrero de 1759.
- Bachiller en Leyes (27 de junio de 1781) y en Cánones (22 de octubre de 1781) por la Universidad de Salamanca.
- Abogado del Consejo de Castilla (20 de mayo de 1785).
- Incorporado al Colegio de abogados de la Corte (24 de julio de 1786), donde tuvo estudio abierto, siendo nombrado un año abogado de pobres.
- Individuo de la Academia de Derecho Práctico Carlos III, ejerciendo los empleos de secretario, fiscal y censor de las disertaciones de los pretendientes a corregimientos que la Cámara de Castilla remitía a su censura.
- Alcalde del crimen de la Audiencia de Grados de Sevilla (23 de septiembre de 1790). Oidor de la misma Audiencia (2 de noviembre de 1794).
- Juez delegado del rey con jurisdicción privativa para la formación de causa y castigo de los contrabandistas, vagos, ladrones y malhechores presos por las tropas destinadas a su persecución en los cuatro reinos de Andalucía (real orden, 4 de mayo de 1793).
- Juez subdelegado de bienes mostrencos, vacantes y abistentatos de Sevilla y su reino (real orden, 27 de mayo de 1794).
- Comisionado por el comandante general de la real armada del Océano el 14 de agosto de 1797 para aplicar y conmutar las penas a los desertores y los a ella destinados por contrabando o delitos comunes.
- Juez conservador del oficio de alguacil mayor, alcaidía de la cárcel real de Sevilla y demás derechos pertenecientes al duque de Medinaceli, en calidad de duque de Alcalá (real orden, 19 de septiembre de 1797).
- Alcaide y justicia mayor de la huerta llamada del rey, extramuros de Sevilla, con jurisdicción civil y criminal (20 de septiembre de 1797).
- Auditor de la comandancia de marina, recto de la provincia de Sevilla, y, en consecuencia, asesor de montes y subdelegado de penas de cámara del mismo (Real orden, 25 de noviembre de 1800).
- Plaza togada de la Real Junta de Comercio, Moneda y Minas de Sevilla, subdelegada de la general del reino (22 de diciembre de 1800).

- Regente de la Audiencia de Canarias (5 de septiembre de 1802). Desempeñaría las siguientes comisiones: la intendencia de propios y arbitrios de las siete islas; la subdelegación general de sus pósitos; la de penas de cámara; la de lanzas y medias annatas; la de la Junta del Montepío ministerial y de la de los corregidores y alcaldes mayores.
- Subdelegado particular de la Dirección general del real noveno decimal extraordinario en el obispado de Canarias.
- Juez interventor de las administraciones de la real gracia del excusado del mismo obispado.
- Promovió la fundación de establecimientos públicos, difundiendo la instrucción de la juventud por medio de las escuelas de primeras letras e imponiendo arbitrios a los pueblos para la dotación de buenos maestros.
- Así mismo, repartió tierras baldías a centenares de labradores pobres, fomentando en todos los pueblos la agricultura y ganadería.
- Elaboró un plan para el establecimiento de nuevas poblaciones en las dos quintas partes desiertas hacia el sur y poniente de Canarias.
- Ordenaría el archivo general provincial y rectificó las constituciones para el gobierno de las casas de misericordia, hospicio y recogidas.
- Por encargo de la Cámara trabajaría en el arreglo del gobierno y administración de todos los hospitales de las islas.
- Llevó a cabo el expediente promovido para la construcción de la Casa Audiencia, reuniendo en un solo edificio las oficinas anejas a ella, y una cárcel, imponiendo arbitrios para la dotación de los dependientes y manutención de los presos.
- Regente de la Audiencia de Asturias (decreto de la Junta Gubernativa de España e Indias, Alcázar de Sevilla, 2 de julio de 1809). Jura su plaza: 7 de enero de 1810.
- Consejero de Castilla. Resolución a consulta del Consejo de la Cámara de 10 de junio de 1815. Superintendente de los baños de Arnedillo.
- Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia. Resolución a consulta del Consejo de Estado de 19 de mayo de 1820.
- Gobernador de la Sala de Casa y Corte, 1823.
- Jubilado, decreto, Palacio, 20 de febrero de 1824.

HEVIA Y NORIEGA, JOSÉ DE

- Oviedo, 31 de julio de 1766.
- Padres: José Hevia y Noriega y Margarita de la Villa Hevia, naturales de la parroquia de San Félix de Valdesoto, concejo de Siero.
- Mujer: María Francisca Pastoriza y Rebolledo, nacida en esa ciudad, hija de Alberto Pastoriza y Gómez, natural de San Martín de Buen (Galicia), y de María Francisca Rebolledo Jiménez de Cuevas, de Popayán.

- Hijos: María de los Dolores, nacida el 16 de septiembre de 1806 en Sevilla; Juana María, nacida el 24 de junio de 1820, y Francisco de Sales, nacido el 29 de enero de 1824.
- Bachiller en ambos derechos, y licenciado en Cánones por la Universidad de Oviedo.
- Catedrático de Vísperas.
- Abogado de la Audiencia de Asturias y de los Reales Consejos.
- Ejerció siete años la profesión de abogado.
- Fiscal del crimen de la Audiencia de Sevilla, 7 de octubre de 1800.
- Fiscal de lo civil de la misma Audiencia.
- Fiscal togado del Consejo de Guerra y Marina, 8 de agosto de 1809.
- Alcalde primero constitucional de Sevilla, 1812.
- Regente en comisión de la Chancillería de Granada, 29 de diciembre de 1814.
- Fiscal del Consejo y Cámara de Castilla, decreto, 24 de febrero de 1815.
- Fiscal cesante, 1820.
- Fiscal repuesto, 1823.
- Consejero de Castilla, decreto, 3 de junio de 1824.
- Juez protector del colegio de san Nicolás de Bari y de la casa hospital de convalecencia de Madrid.
- Miembro de la Real Junta Consultiva de Gobierno, 1825.
- Juez subdelegado general de imprentas y librerías del reino, 13 de febrero de 1830.
- Camarista, decreto, 23 de febrero de 1833. Jura: 4 de marzo de 1833.
- Gran cruz americana de Isabel la Católica, 2 de agosto de 1833.
- Vocal suplente del Consejo de Gobierno, 1833.
- Consejero de Estado honorario, decreto, 19 de diciembre de 1833.
- Presidente del Supremo Tribunal de España e Indias, decreto, 1 de abril de 1834.
- Prócer del reino, 1834.
- Falleció en Madrid, 23 de julio de 1834.

INGUANZO VALDÉS, JUAN ANTONIO DE *

- Llanes.
- Padres: Antonio de Inguanzo y Teresa Rivero Valdés, nacidos en Llanes.
- Mujer: Antonia María de Porres y Topete, nacida en Brozes.
- Bachiller en Leyes y Cánones por la Universidad de Valladolid.
- Alcalde de cuadra de la Audiencia de Sevilla. Resolución a consulta de la Cámara de 2 de abril de 1788.
- Oidor de la Audiencia de Extremadura. Resolución a consulta de la Cámara de 23 de septiembre de 1790.

* Puyol confunde a éste con su pariente el arzobispo de Toledo Pedro de Inguanzo y Rivero. Referencia en p. 1239.

- Alcalde de Casa y Corte, decreto, 12 de septiembre de 1802. Toma de posesión: 9 de septiembre de 1802.
- Consejero de Castilla, decreto, 9 de marzo de 1806. Título, 16 de marzo de 1806. Toma de posesión: 24 de marzo de 1806.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Falleció en Villacastín, 20 de junio de 1814.

LARDIZÁBAL Y URIBE, MANUEL DE

- Alcalde del crimen de la Chancillería de Granada. Resolución a consulta de la Cámara de 14 de marzo de 1777.
- Fiscal interino de la Sala de alcaldes de Casa y Corte, decreto, 16 de agosto de 1788. Toma de posesión: 4 de noviembre de 1788.
- Fiscal propietario de la misma Sala, decreto, 28 de noviembre de 1788.
- Fiscal del Consejo y Cámara, decreto, 16 de octubre de 1791. Plaza vacante por jubilación de Francisco Antonio Elizondo. Título, 26 de octubre de 1791.
- Consejero de Castilla, decreto, 19 de agosto de 1792. Plaza vacante por jubilación de Burriel. Título, 30 de agosto de 1792.
- Cesado, decreto, 4 de junio de 1794.
- Uno de los cuatro consejeros de Castilla asistente a Bayona para firmar el Estatuto, 1808.
- Consejero de Estado josefista, decreto, 25 de julio de 1808.
- Miembro del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 25 de junio de 1809.
- Consejero del restablecido de Castilla, 21 de septiembre de 1810.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Camarista, 8 de junio de 1814. Título, 19 de junio de 1814.
- Presidente del honrado concejo de la Mesta.

LARRUMBIDE URQUIDIZAR, JOSÉ ANTONIO DE

- Asteasu, 1756.
- Padres: Pedro de Larrumbide y Catalina Antonia de Urquidizar, naturales de Asteasu.
- Mujer: Joaquina Miralles y del Real, hija de Felipe Miralles Garcés de Marcilla, oidor decano de la Audiencia de Casa y Corte, con la que contrae matrimonio en 1804.
- Fiscal de la Audiencia de Aragón, 1794.
- Oidor de la Audiencia de Aragón, en 1810, aunque no llegó a tomar posesión.

- Consejero de Castilla, decreto, 22 de agosto de 1811. Jura: 28 de agosto de 1811.
- Cesante, 1812.
- Secretario interino del Despacho de Gracia y Justicia (19 de enero de 1811/12 de julio de 1811).
- Diputado suplente a las Cortes por la provincia de Guipúzcoa, 1813-1814.
- Repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Cesante, 1820.
- Comisionado para las fábricas de latón y cobre de la sierra de Alcaraz, Real orden, 9 de enero de 1821.
- Repuesto en el Consejo de Castilla, 1823.
- Jubilado, decreto, 20 de febrero de 1824.
- Repuesto en el Consejo de Castilla, decreto, 16 de febrero de 1825.
- Falleció en Usúrbil, 22 de octubre de 1827.

LASAUCA Y COLLANTES, ANDRÉS

- Zaragoza, 1753.
- Mujer: María de la Concepción Sebastián y Marco.
- Bachiller en Leyes por la Universidad de Zaragoza.
- Licenciado y doctor en ambos derechos por la Universidad de Huesca.
- Catedrático en dicha Universidad.
- Abogado de la Audiencia de Zaragoza.
- Abogado del colegio de abogados de Madrid.
- Fiscal de la Audiencia de Asturias. Resolución a consulta de la Cámara de 2 de abril de 1788.
- Ministro de lo civil de la Audiencia de Aragón, decreto, 20 de septiembre de 1795.
- Regente de la Audiencia de Asturias, decreto, 29 de diciembre de 1799. Vacante por fallecimiento de Vicente Vizcaíno.
- Consejero de Castilla, decreto, 5 de septiembre de 1802. Título, 30 de septiembre de 1802. Jura: 22 de diciembre de 1802.
- Vocal del Supremo Tribunal de Vigilancia y Protección, 24 de octubre de 1808.
- Vocal de la Junta Suprema de Censura sobre la libertad de imprenta, 9 de noviembre de 1810.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Diputado a las Cortes por Aragón, 1813.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Consejero de la Suprema, 1816.
- Consejero de Castilla cesante, 1820.
- Falleció en Madrid, 7 de diciembre de 1822.

LEÓN SANTOS DE SAN PEDRO, MANUEL DE

- Palma de Mallorca.
- Graduado en Leyes y Cánones por la Universidad de Valladolid.
- Catedrático y vicerrector de la misma.
- Juez mayor de Vizcaya interino y en propiedad (1794).
- Oidor de la Chancillería de Valladolid (1803) y gobernador de las Salas del crimen de ella (1807-1811).
- Regente de la Audiencia de Galicia, vacante por promoción de José de Navia y Bolaños a la extinguida Audiencia de Madrid. Por resolución a consulta de la Cámara de 8 de agosto de 1814.
- Consejero de Castilla, decreto, 10 de septiembre de 1815. No llega a tomar posesión.
- Falleció en La Coruña, 26 de septiembre de 1815.

LÓPEZ PELEGRÍN, RAMÓN

- Oidor de la Chancillería de Valladolid, 1804.
- Consejero de Hacienda, 16 de septiembre de 1810.
- Ministro de la Junta de represalias, 1810.
- Miembro de la Junta Suprema de Censura sobre la libertad de imprenta, 9 de noviembre de 1810.
- Fiscal del Supremo Tribunal de Justicia, 1812.
- Fiscal del Consejo Real, decreto, 12 de junio de 1814.
- Consejero de Castilla. Resolución a consulta de la Cámara de 8 de mayo de 1815. Plaza vacante por fallecimiento de Jerónimo Díez.
- Cesante, 1820.
- Ministro de Ultramar (4 de mayo de 1821/8 de enero de 1822).
- Ministro interino de Estado (8 de enero de 1822/24 de enero de 1822 y 30 de enero de 1822/28 de febrero de 1822).
- Consejero de Castilla repuesto, 1823.
- Jubilado, decreto, 20 de febrero de 1824.
- Repuesto en el Consejo de Castilla, decreto, 2 de junio de 1830.
- Camarista, decreto, 7 de octubre de 1832.
- Decano de la Sección de Gracia y Justicia del Consejo Real de España e Indias, decreto, 30 de marzo de 1834.
- Prócer, 1834.
- Senador por Guadalajara, 1837.

MARÍN Y SÁNCHEZ, FRANCISCO

- Enguera, 3 de julio de 1764.
- Fiscal de la Audiencia de Mallorca. Título: 17 de julio de 1797.
- Regente de la Audiencia de Mallorca. 1808.

- Ministro togado del Tribunal Especial de Guerra y Marina. Nombrado por la regencia del reino a consulta del Consejo de Estado de 20 de julio de 1812.
- Consejero de Castilla. Resolución a consulta del Consejo de la Cámara de 8 de agosto de 1814. Plaza vacante por fallecimiento de Juan Antonio Inguanzo y renuncia de José María Ric. Título de nombramiento: Palacio, 22 de agosto de 1814. Juramento: Madrid, 27 de agosto de 1814.
- Consejero de la Cámara. Decreto, 7 de septiembre de 1815. Título de nombramiento: Palacio: 13 de septiembre de 1815. Toma de posesión: Madrid, 20 de septiembre de 1815.
- Juez de imprentas, Real cédula, 25 de julio de 1717. Plaza vacante por fallecimiento de Nicolás María de Sierra.
- Juez protector del colegio de niños desamparados.
- Cruz de número de la orden de Carlos III, 24 de octubre de 1819.
- Consejero de Castilla cesante (1820-1823).
- Repuesto en el Consejo de Castilla, 1823.
- Jubilado, decreto, Palacio, 20 de febrero de 1824.
- Repuesto como consejero de Castilla y de la Cámara, decreto, Palacio, 16 de febrero de 1825.
- Miembro de la Junta de arreglo de sueldos y de reforma de gastos, 1825.
- Miembro de la Real Junta Consultiva de Gobierno, 1825.
- Presidente de la Junta de Montepío del Ministerio, 1829.

MARTÍNEZ DE VILLELA, IGNACIO

- Calcena, 4 de junio de 1749.
- Bachiller (20 de abril de 1768), licenciado y doctor (21 de mayo de 1769) en Leyes, y bachiller (28 de abril de 1769), licenciado y doctor (21 de mayo de 1769) en Cánones por la Universidad de Zaragoza.
- Becario en el Colegio de San Clemente de Bolonia, 1771.
- Catedrático de Cánones en la Universidad de Bolonia, 23 de noviembre de 1774.
- Alcalde del crimen y de hijosdalgo de la Chancillería de Granada. Resolución a consulta de la Cámara de 5 de febrero de 1779.
- Oidor de dicha Chancillería. Resolución a consulta de la Cámara de 25 de julio de 1787. Director de la casa de corrección de los Cayetanos; juez protector de los hospitales de San Lázaro y de nuestra señora del Pilar; vocal de la Real Junta de caminos; presidente de la Junta de Comercio y Moneda, Minas y Tesoros, de la Mesta, de la Cartuja y de la Real Maestranza.
- Alcalde de Casa y Corte, decreto, 4 de febrero de 1799. Plaza vacante por promoción de Manuel del Pozo a consejero de Castilla. Toma de posesión: 17 de abril de 1799. Juez de vagos.
- Consejero honorario de Guerra. Toma de posesión: 17 de mayo de 1803.

- Consejero de Castilla y superintendente general de policía, decreto, 13 de diciembre de 1807.
- Uno de los cuatro consejeros de Castilla asistente a Bayona para firmar el Estatuto, 1808.
- Consejero de Estado josefista, 25 de julio de 1808. No aceptó.
- Miembro del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 25 de septiembre de 1809.
- Consejero de Castilla repuesto, 16 de septiembre de 1810.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Diputado a Cortes por Aragón, 1813.
- Consejero de Castilla repuesto y gobernador de la sala de Casa y Corte, decreto, 3 de junio de 1814. Cesa de gobernador, 4 de julio de 1814.
- Vocal de la Junta del Montepío del Ministerio, 9 de marzo de 1815.
- Ministro honorario del Consejo de la Cámara, 16 de octubre de 1815.
- Consejero de la Inquisición.
- Consejero de la Cámara, decreto, 5 de mayo de 1819.
- Consejero de Castilla cesante, 1820.
- Gobernador del Consejo de Castilla, 2 de diciembre de 1823.
- Consejero de Estado honorario.
- Falleció en Aranjuez, 12 de mayo de 1827.

MELÉNDEZ BRUNA, LUIS, MARQUÉS DE NEGRÓN

- Sevilla.
- Padres: Antonio Meléndez, oidor de la Audiencia de Sevilla, y Teresa de Bruna y Ahumada.
- El 16 de septiembre de 1796 contrae matrimonio con Tomasa Rodríguez Morzo, nacida en Cádiz, hija de Juan Rodríguez Morzo, consejero de Hacienda, y de Josefa Elosúa.
- Consejero de Órdenes restablecido, 16 de septiembre de 1810.
- Decano del Tribunal Especial de Órdenes, VI-1812.
- Consejero de Castilla, 3 de junio de 1814.

MON Y VELARDE, JOSÉ ANTONIO, CONDE DEL PINAR

- Mon, 1743.
- Padres: Fernando Manuel Mon y Valledor, natural de Mon, y Francisca María Velarde, de Prada (Orense).
- Mujer: Isabel María del Hierro y Alós, hija de los condes del Pinar, Marcos del Hierro, capitán y graduado de teniente coronel del regimiento de dragones Lusitania, y de Josefa Alós y Bru, nacida en Alicante.

- Bachiller en Leyes (17 de mayo de 1758) por la Universidad de Orihuela y en Cánones (1 de abril de 1759) por la Universidad de Ávila.
- Colegial del mayor de Santa Cruz de Valladolid, 1759,
- Juez de la Audiencia de Mallorca. Resolución a consulta de la Cámara de 16 de abril de 1777.
- Oidor de la Chancillería de Valladolid. Resolución a consulta de la Cámara de 28 de junio de 1786. Vocal de la Real Junta de Policía y gobernador de las Salas del crimen y de hijosdalgo.
- Alcalde de Casa y Corte, decreto, 2 de octubre de 1791. Plaza vacante por promoción de José Joaquín Colón al Consejo Real. Toma de posesión: 22 de noviembre de 1791.
- Consejero de Castilla, decreto, 24 de julio de 1796. Vacante por jubilación de José Cregenzan. Título, 6 de agosto de 1796. Jura: 24 de agosto de 1796.
- Cesado, 20 de octubre de 1798.
- Repuesto como consejero de Castilla, 28 de marzo de 1808.
- Miembro del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 25 de junio de 1809.
- Miembro de la Junta de Legislación, 27 de septiembre de 1809.
- Consejero en el restablecido de Castilla, 16 de septiembre de 1810.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Miembro de la comisión de Estado encargada de sentenciar las causas de los diputados liberales, 14 de septiembre de 1814.
- Consejero de la Cámara de Castilla, decreto, 9 de diciembre de 1814.
- Consejero de la Inquisición, 1816.
- Falleció en Madrid, 5 de diciembre de 1818.

MONTEMAYOR Y PRIETO, JOSÉ

- Málaga, 24 de enero de 1771.
- Padres: José Montemayor y Micaela Priego, ambos de Málaga.
- Mujer: Ana María de Gumucio.
- Estudió Filosofía en el convento de Santo Domingo de Málaga (1785-1788).
- Beca jurista del Imperial colegio de San Miguel (10 de octubre de 1788).
- Abogado de la Real Chancillería de Granada, 20 de junio de 1796.
- Alcalde del crimen de la Chancillería de Valladolid, decreto, 22 de octubre de 1797. Plaza vacante por promoción de Luis Marcelino Pererira a oidor de ella. Título, 16 de diciembre de 1797. Toma de posesión: 28 de marzo de 1798.
- Oidor de la Audiencia de Sevilla, decreto, 25 de julio de 1800.
- Juez civil comisionado de la ciudad de Cádiz, 1807.
- Regente de la Audiencia de Mallorca, 26 de noviembre de 1812.
- Consejero de Castilla. Plaza vacante por renuncia de Francisco Xavier de Olea y Carrasco. Resolución a consulta del Consejo de la Cámara de 31 de octubre de 1815.

- Consejero de Castilla cesante, 1820.
- Magistrado togado provisional del Tribunal Especial de Guerra y Marina. Resolución a consulta del Consejo de Estado de 5 de septiembre de 1821. Separado del servicio, 31 de agosto de 1822.
- Repuesto en el Consejo de Castilla, 1823.
- Jubilado, decreto, Palacio, 20 de febrero de 1824.
- Repuesto como consejero de Castilla, decreto, Aranjuez, 2 de junio de 1830.
- Miembro de la Junta de facultades de viudedades. Por resolución real a consulta del gobernador del Consejo de 20 de noviembre de 1832.
- Ministro del Tribunal Supremo de España e Indias, decreto, 1 de abril de 1834.
- Jubilado, decreto, San Ildefonso, 5 de septiembre de 1835.

MOYANO, TOMÁS

- Valladolid.
- Mujer: Manuela Miralles.
- Alcalde de cuadra de la Audiencia de Sevilla, decreto, 18 de mayo de 1794.
- Juez de grados de la misma Audiencia, 1798.
- Alcalde de Casa y Corte, decreto, 5 de septiembre de 1802. Plaza vacante por jubilación de Manuel Pérez de Rozas. Toma de posesión: 1 de diciembre de 1802.
- Consejero de Castilla, decreto, 9 de marzo de 1806. Título, 16 de marzo de 1806. Toma de posesión: 22 de marzo de 1806.
- Miembro del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 25 de junio de 1809.
- Consejero en el restablecido de Castilla, 16 de septiembre de 1810.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Ministro de Gracia y Justicia (8 de noviembre de 1814/27 de enero de 1816).

OLEA Y CARRASCO, FRANCISCO XAVIER DE

- Rivera, 1761.
- Fiscal del crimen de la Chancillería de Valladolid, decreto, 3 de abril de 1796. Vacante por pasar su titular, Antonio Valdés Garrido, a la fiscalía de lo civil de la misma Chancillería. Título de nombramiento: Madrid, 22 de abril de 1796.
- Regente de la Audiencia de Galicia, decreto, 27 de julio de 1801. Vacante por fallecimiento de Vicente Peñuela de Zamora. Título de nombramiento: San Ildefonso, 20 de agosto de 1801.
- Regente de la Audiencia de Cataluña. Resolución a consulta del Consejo de la Cámara de 18 de abril de 1804. Vacante por ascenso de Adrián

Marcos Martínez a plaza del Consejo Real. Título de nombramiento: Aranjuez, 21 de junio de 1804. Toma de posesión: Barcelona, 11 de febrero de 1805.

- Consejero de Castilla. Plaza vacante por fallecimiento de Manuel León Santos de San Pedro. Resolución a consulta del Consejo de la Cámara de 31 de octubre de 1815. Renuncia.
- Honores y antigüedad del Consejo de Castilla. Real orden, 20 de noviembre de 1815. Título de nombramiento: Palacio, 10 de diciembre de 1815. Juramento: Barcelona, 23 de diciembre de 1815.
- Jubilado de regente de la Audiencia de Cataluña, decreto, 28 de junio de 1818.

ONDARZA Y RUANO, MANUEL *

- Madrid, 16 de julio de 1768.
- Padre: Pedro Antonio de Ondarza, consejero de Castilla.
- Bachiller en Artes por la Universidad de Salamanca, 1785.
- Bachiller, licenciado y doctor en Leyes por la Universidad de Alcalá de Henares.
- Catedrático regente de Cánones, de Instituciones Canónicas y de Jurisprudencia Civil.
- Fiscal de la Audiencia de Asturias, 1795.
- Regente de la Audiencia de Canarias. Sucede a Hermosilla (decreto de la Junta Gubernativa de España e Indias, Alcázar de Sevilla, 2 de julio de 1809).
- Regente de la Audiencia de Sevilla, 6 de octubre de 1812.
- Consejero de Castilla. Resolución a la consulta del Consejo de la Cámara de 10 de junio de 1815.
- Falleció en Madrid, 18 de enero de 1820.

PUENTE, PEDRO DE LA

- Mujer: Feliciano Azperechea. Hijos: Fermín, Juan, Pedro, Justa y Luz.
- Secretario de la presidencia del Consejo de Castilla.
- Oidor de la Audiencia de Méjico, 28 de mayo de 1810.
- Corregidor político de Lorca y honores, antigüedad y sueldo de alcalde de Casa y Corte, 1815.
- Juez administrador y superintendente general de la Real empresa de riegos y pantanos de Lorca y Águilas, 16 de enero de 1816.
- Honores de ministro del Consejo Real. Decreto, 20 de octubre de 1816.
- Consejero de Castilla. Resolución a consulta del Consejo de la Cámara de 3 de noviembre de 1819.

* Puyol (p. 1247) confunde a éste con su hermano Marcelo, que fue consejero de Hacienda y presidente del Tribunal de Cuentas.

PUIG DE SAMPER Y DOMÉNECH, JOSÉ MARÍA

- Valencia, 8 de diciembre de 1753.
- Mujer: 1.^a Basilia Solera y Pérez de Lema, natural de la Encomienda de Castel, reino de Valencia, e hija de Francisco Antonio Solera, gobernador de la encomienda de Silla, y de Ignacia Pérez de Lema, que falleció en Zaragoza en 1796, con la que tuvo cinco hijos: José María, nacido en Valencia el 31 de mayo de 1786, que llegó a consejero de Castilla; María Francisca, nacida en Mallorca el 19 de julio de 1789, que casó con Leonardo Galindo, de Sidro, residente en Valencia; Manuel María, nacido en Mallorca el 23 de febrero de 1793, caballero de justicia de la orden de San Juan; Basilia María, nacida en Zaragoza el 4 de noviembre de 1794 y casada con Juan Antonio Zanón, teniente retirado en Valencia, y Juan María, subteniente de artillería. 2.^a Rafaela de Aguirre y Rosales, hija de Cayetano de Aguirre y de María Magdalena Rosales y Hore, de la que tuvo una hija llamada María de las Mercedes, que falleció en Madrid en 1810 a la edad seis años. 3.^a María de los Dolores Aguirre y Rosales, cuñada suya, colegiala en el de doncellas nobles de Toledo y natural de la villa del Moral de Calatrava.
- Doctor en leyes.
- Abogado.
- Juez de la Audiencia de Mallorca, decreto, 11 de septiembre de 1787. Título, 14 de octubre de 1787.
- Regente de la Audiencia de Aragón, decreto, 30 de marzo de 1794. Título, 10 de abril de 1794.
- Caballero de Carlos III, 30 de marzo de 1794.
- Presidente de la Chancillería de Granada, decreto, 10 de noviembre de 1799.
- Consejero de Castilla, decreto, 30 de diciembre de 1800. Título, 12 de febrero de 1801. Jura: 25 de febrero de 1801.
- Vocal de la Junta general de Comercio y Moneda.
- Camarista honorario, decreto, 27 de agosto de 1807.
- Presidente de la Junta de Tranquilidad, 13 de agosto de 1808.
- Miembro suplente del segundo Consejo de Regencia, 1810.
- Consejero del restablecido de Castilla, 1810.
- Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia. Resolución a consulta de 14 de mayo de 1812. Jura: 15 de junio de 1812.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Camarista de Castilla, decreto, 5 de mayo de 1819.
- Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia, 13 de marzo de 1820.
- Consejero de Castilla repuesto, 1823.
- Jubilado, decreto, 20 de febrero de 1824.
- Restituido en el Consejo de Castilla, 11 de marzo de 1826.
- Presidente del honrado concejo de la Mesta, 1827.
- Juez protector del Banco de San Fernando, 1829.
- Gobernador interino del Consejo de Castilla, 7 de febrero de 1830.

- Gobernador en propiedad del Consejo de Castilla, 1 de octubre de 1832.
- Jubilado, decreto, 14 de diciembre de 1832.
- Miembro del Consejo de Gobierno, 1833.
- Prócer del reino, 17 de junio de 1834.
- Falleció en Madrid, 25 de noviembre de 1834.

RIC Y MONSERRAT, PEDRO MARÍA, BARÓN DE VALDEOLIVOS

- Fonz, 24 de septiembre de 1766.
- Padres: Miguel Esteban Ric y Puedo, segundo barón de Valdeolivos, carlán de Aguilar y señor de la Bujeda, y Ana María de Monserrat y Uztariz, de la familia de los marqueses de Tamarit.
- Mujer: María Consolación de Azlor y Villavicencio, condesa viuda de Bureta, hija de Manuel de Azlor y Urríes, virrey de Navarra, y de Petronila Tadea de Villavicencio.
- Estudió en la Universidad de Huesca, donde fue rector y profesor.
- Alcalde del crimen de la Audiencia de Aragón, decreto, 4 de octubre de 1795. Plaza vacante por ascenso de Antonio Ranz Romanillos a otra de lo civil de la misma Audiencia. Título de nombramiento: San Lorenzo, 28 de octubre de 1795. Toma de posesión: Zaragoza, 26 de febrero de 1796.
- Oidor de la Audiencia de Aragón. Plaza vacante por ascenso de Andrés Lasauca a regente de la Audiencia de Asturias. Decreto, 29 de diciembre de 1799. Título, 14 de enero de 1800. Toma de posesión: Zaragoza, 20 de febrero de 1800.
- Miembro de la Suprema Junta de Gobierno del reino de Aragón, 9 de junio de 1808.
- Regente de la Audiencia de Aragón, 23 de agosto de 1808. Toma de posesión: Zaragoza, 25 de agosto de 1808.
- Subdelegado de gastos de justicia y penas de Cámara, 26 de agosto de 1808.
- Miembro del Tribunal de Vigilancia y Protección, 24 de octubre de 1808.
- Diputado a Cortes, 1810. Miembro de la Comisión de Justicia; de la Comisión encargada de formar un proyecto de ley que asegurase la libertad individual de los ciudadanos, de la Comisión de Constitución y del Tribunal de Cortes.
- Consejero de Castilla, decreto, 3 de julio de 1814. Plaza vacante por fallecimiento de Juan Antonio de Inguanzo. Renuncia; admite, decreto, 25 de julio de 1814.
- Honores y antigüedad de consejero de Castilla, decreto, 25 de julio de 1814. Título: 19 de octubre de 1814. Toma de posesión: Audiencia de Aragón, 3 de febrero de 1815.

- Honores de la Cámara. Resolución real a consulta de la Cámara de 1 de febrero de 1817. Título de nombramiento: Palacio, 12 de diciembre de 1817. Toma de posesión: Zaragoza, 25 de diciembre de 1817.
- Jubilado, 21 de junio de 1824.
- Falleció en Fonz, 1831.

RIEGA Y SOLARES, BERNARDO DE

- Lastres, 23 de enero de 1750.
- Bachiller en Leyes (1 de junio de 1772) por la Universidad de Oviedo, y bachiller (12 de junio de 1774), licenciado (16 de mayo de 1776) y doctor (13 de junio de 1776) en Cánones por la de Valladolid.
- Catedrático de Instituta Civil, 1777.
- Abogado de la Chancillería de Valladolid, 25 de octubre de 1776.
- Juez mayor interino de Vizcaya, 6 de octubre de 1781.
- Ministro de la Audiencia de Mallorca. Resolución a consulta de la Cámara de 6 de febrero de 1782.
- Alcalde del crimen de la Chancillería de Valladolid. Resolución a consulta de la Cámara de 16 de marzo de 1785.
- Oidor de la misma. Resolución a consulta de la Cámara de 14 de enero de 1789.
- Regente de la Audiencia de Sevilla, decreto, 26 de agosto de 1792.
- Consejero de Castilla, decreto, 4 de junio de 1794. Plaza vacante por separación del servicio de José Zuazo y Bustamante. Título, 16 de junio de 1794.
- Vocal de la Junta de Tranquilidad, 13 de agosto de 1808.
- Miembro del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 1809.
- Consejero del restablecido de Castilla, 16 de septiembre de 1810.
- Miembro de la Junta Suprema de Censura sobre la libertad de imprenta, 9 de noviembre de 1810.
- Presidente de la Junta de Sanidad.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de mayo de 1814.
- Camarista de Castilla, 8 de junio de 1814. Título, 19 de junio de 1814.
- Vocal de la Junta Suprema Patrimonial de Apelaciones, 1816.
- Vocal de la Junta de Represalias, 1816.
- Consejero de Castilla cesante, 1820.
- Consejero de Castilla repuesto, 1823.
- Jubilado, decreto, 20 de febrero de 1824.
- Repuesto en el Consejo de Castilla, 30 de diciembre de 1825.
- Gobernador interino del Consejo de Castilla, 12 de mayo de 1827.
- Consejero de Estado honorario, 1829.
- Falleció en Madrid, 6 de febrero de 1830.

SENDOQUIS (TAMBIÉN ZENDOQUI) ALDANA, MATEO*

- Bilbao, 1765.
- Padres: Mateo de Sendoquis, nacido en Arteaga, y María Cruz de Aldana y Garaitagoitia, de Zernoza.
- Graduado en la Universidad de Cervera.
- Abogado, 1788.
- Mujer: María Teresa Boltri y Gutiérrez, nacida en Madrid. Hijos: José, Margarita y Carlos.
- Fiscal de la Sala de Corte.
- Fiscal del Consejo de Castilla. Resolución a consulta de la Cámara de 24 de mayo de 1815. Plaza vacante por promoción de Ramón López Pelegrín a consejero de Castilla.
- Falleció en Madrid, 26 de octubre de 1817.

SIERRA, NICOLÁS MARÍA DE

- Fiscal del crimen de la Audiencia de Sevilla, 1802.
- Fiscal del Consejo Real, decreto, 1 de marzo de 1807. Plaza vacante por promoción de Francisco de Arjona.
- Fiscal del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 25 de junio de 1809.
- Ministro de Gracia y Justicia (9 de marzo de 1810/19 de enero de 1811).
- Ministro interino de Hacienda y Marina, 1810.
- Consejero de Castilla, decreto, 3 de junio de 1814.
- Falleció en Madrid, 6 de julio de 1817.

SISTERNES Y FELIU, JOAQUÍN**

- Barcelona.
- Padres: Manuel Sisternes, fiscal del Consejo y Cámara de Castilla, y de María Monserrat Felíu.
- Oidor de la Audiencia de Mallorca, 1801.
- Oidor de la Audiencia de La Coruña, 1803.
- Alcalde de Casa y Corte, 1814.
- Ministro del Consejo de la Guerra, 1816.
- Consejero de Castilla, decreto, 20 de marzo de 1819.

* No incorpora Puyol en su relación.

** Puyol habla de Joaquín Sisternes y de un inexistente Joaquín Cisternes (pp. 1232 y 1250). Esto es, para él un único magistrado son dos.

- Ministro togado del Tribunal Especial de Guerra y Marina, decreto, 12 de marzo de 1820.
- Ministro togado del Supremo Tribunal de Guerra y Marina, 8 de abril de 1834.

SOBRADO FERNÁNDEZ DE BOBADILLA, FELIPE DE

- Madrid, 27 de febrero de 1774.
- Padres: José Antonio Sobrado, natural del lugar de Santiago de Soto, abadía de Samos, y de María Fernández Bobadilla.
- Estudió en los colegios de Santo Tomás de Madrid y San Isidro el Real.
- Bachiller en Leyes (6 de junio de 1795) y en Cánones (12 de junio de 1795) por la Universidad de Alcalá de Henares.
- Catedrático sustituto de Instituciones Civiles de esa Universidad.
- Abogado de los Reales Consejos, 12 de febrero de 1799.
- Auditor de guerra de Marina de la provincia de Palamós, real despacho, 23 de julio de 1799.
- Asociado al asesor general de la vía reservada de marina, 1 de enero de 1802.
- Fiscal de la Dirección General de la real armada, Real orden, 24 de enero de 1804.
- Asesor de la expresada Dirección General, durante las ausencias y enfermedades del titular.
- Alcalde del crimen de la Real Audiencia de Galicia, 5 de octubre de 1807. Toma de posesión: 19 de diciembre de 1807.
- Asesor de rentas (1808).
- Ministro del Tribunal de Seguridad Pública establecido en Galicia por el conde de Noroña (1809).
- Oidor de la Real Audiencia de La Coruña. Resolución a consulta del Consejo de la Cámara de 21 de mayo de 1810.
- Jefe de la comisión regia, establecida en La Coruña, para entender en el examen y habilitación de buques procedentes del país ocupado por los franceses (1811).
- Vocal de una comisión especial de Justicia, establecida en Galicia bajo la presidencia del capitán general de aquel reino, para sustanciar y determinar las causas formadas contra aquellos que trataron de trastornar las leyes fundamentales de la Monarquía, decreto, 8 de marzo de 1815.
- Alcalde de Casa y Corte, decreto, 20 de septiembre de 1815. Título de nombramiento: Palacio, 29 de septiembre de 1815.
- Consejero de Castilla. Por resolución real a consulta de la Cámara de 30 de marzo de 1816. Plaza vacante por fallecimiento de Antonio Villanueva. Título de nombramiento: 8 de abril de 1816.
- Ministro de la Cámara, decreto, 27 de febrero de 1824. Título de nombramiento: Palacio, 7 de marzo de 1824.

- Presidente de la Real Junta de Purificaciones, 8 de abril de 1824.
- Presidente del Honrado Concejo de la Mesta, 1824.
- Jubilado, 19 de febrero de 1825.
- Falleció en Madrid, VIII-1834.

SOLER Y CASES, TADEO

- Lérida.
- Padres: José Soler y Ramona Cases.
- 1.^a mujer: Sabina Palandarias; una hija, Rosa. 2.^a mujer: Francisca Borja de Cerrajería; dos hijos, fallecidos en la acción de Almonacid.
- Alcalde del crimen de la Chancillería de Granada, 1791.
- Oidor de ella, 1801.
- Alcalde de Casa y Corte, 3 de junio de 1814.
- Honores de ministro del Consejo Real, 25 de septiembre de 1816.
- Consejero de Castilla, decreto, 4 de julio de 1818. Plaza vacante por fallecimiento de Tadeo Segundo Gómez. Título de nombramiento, 14 de julio de 1818. Jura su plaza: 18 de julio de 1818.
- Consejero de Castilla cesante (1820-1823).
- Repuesto en el Consejo de Castilla, 1823.
- Falleció en Madrid, 24 de febrero de 1825.

TORRES CÓNSUL, MANUEL DE

- Oviedo, 22 de enero de 1753.
- Bachiller en Leyes (1771) y en Cánones (1773) por la Universidad de su ciudad natal.
- Catedrático de Derecho Canónico en ella.
- Abogado del Colegio de Madrid.
- Abogado del infante don Antonio Pascual y del príncipe de la Paz.
- Teniente de corregidor de Madrid, 1801. Plaza vacante por ascenso de Pedro González Calderón al Consejo de Castilla.
- Honores de oidor de la Chancillería de Granada, decreto, 15 de abril de 1802.
- Alcalde de Casa y Corte, decreto, Aranjuez, 9 de marzo de 1806.
- Fiscal del Consejo de Hacienda.
- Fiscal del Consejo y Cámara de Indias, 1811.
- Ministro togado del Tribunal Especial de Guerra y Marina. Nombrado por la regencia del reino a consulta del Consejo de Estado de 20 de julio de 1812.
- Fiscal del Consejo de Castilla, decreto, 12 de junio de 1814.
- Consejero de Castilla. Consulta de la Cámara, 18 de febrero de 1815. Plaza vacante por promoción de Tomás Moyano a ministro de Justicia. Resolución real, 24 de febrero de 1815.

- Ministro togado del Tribunal Especial de Guerra y Marina, decreto, 12 de marzo de 1820.
- Repuesto en el Consejo de Castilla, 1823.
- Jubilado, decreto, Palacio, 20 de febrero de 1824.
- Repuesto como consejero de Castilla, decreto, El Pardo, 11 de marzo de 1826.
- Falleció en Madrid, 30 de enero de 1828.

TORRES Y PORTOCARRERO, SEBASTIÁN DE

- Pamplona, 21 de enero de 1751.
- Padres: Francisco Javier de Torres, del tribunal de la Cámara de Comptos de Navarra, e Isabel de Portocarrero.
- Bachiller en Artes (21 de febrero de 1775), Leyes (3 de mayo de 1778) y Cánones (30 de marzo de 1782), y licenciado en Leyes (2 de abril de 1781) por la Universidad de Toledo.
- Profesor de la Real Academia Canónico-Legal de San Juan Nepomuceno de dicha Universidad, 1777.
- Alcalde supernumerario (29 de junio de 1787) y numerario (13 de mayo de 1792) de la corte del reino de Navarra.
- Alcalde de Casa y Corte, decreto, 29 de junio de 1794. Plaza vacante por promoción de Antonio de Vargas a consejero de Órdenes. Toma de posesión: 18 de agosto de 1794.
- Consejero de Castilla, decreto, 29 de mayo de 1801. Plaza vacante por fallecimiento de Pedro Joaquín de Murcia. Título, 8 de junio de 1801. Toma de posesión: 12 de junio de 1801.
- Miembro de la Real Junta Apostólica.
- Uno de los cuatro consejeros de Castilla asistentes a la Junta Bayona, 1808.
- Miembro del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 25 de junio de 1809.
- Consejero del restablecido de Castilla, 16 de septiembre de 1810.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Camarista, decreto, 22 de mayo de 1815.
- Falleció en Madrid, 17 de abril de 1819.

VILCHES Y VILCHES, GONZALO JOSÉ DE

- Rus, 5 de marzo de 1753.
- Padres: Gonzalo Vilches y Juana Antonia de Vilches.
- Mujer: María Teresa Palacios.

- Bachiller en Cánones por la Universidad de Granada, 5 de diciembre de 1769.
- Abogado de los Reales Consejos, 27 de mayo de 1772.
- Abogado del Colegio de Madrid, 29 de enero de 1773. Ejerció la abogacía algunos años, defendiendo a casas nobiliarias e instituciones.
- Fiscal del juzgado de la Real Caballeriza, 1776.
- Asesor de la orden de Santiago y su caballero procurador, 1778.
- Alcalde supernumerario de Casa y Corte, decreto, 11 de junio de 1787. Toma de posesión: 27 de junio de 1787.
- Alcalde numerario de Casa y Corte, decreto, 7 de septiembre de 1787. Plaza vacante por fallecimiento de Pedro de Laforcada.
- Caballero de la orden de Carlos III, 15 de abril de 1791.
- Consejero de Castilla, decreto, 13 de junio de 1791. Plaza vacante por fallecimiento de Pablo de Mora y Jaraba. Título, 19 de junio de 1791. Toma de posesión: 22 de junio de 1791.
- Miembro de la Real Junta Apostólica, 1807.
- Miembro del Consejo de la Cámara, decreto, 2 de febrero de 1807. Título, 6 de febrero de 1801.
- Miembro de la Comisión de consolidación de vales reales, 22 de mayo de 1808.
- Miembro de la Junta Suprema de Gobierno, presidida por Murat.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Consejero de Castilla y de la Cámara repuesto, decretos, 3 y 5 de junio de 1814.
- Subdelegado general del papel sellado, 28 de marzo de 1815.
- Juez protector de los santos lugares de Jerusalén y subdelegado general de penas de cámara.
- Falleció en Madrid, 27 de octubre de 1819.

VILLAGÓMEZ RODRÍGUEZ DE LORENZANA, MIGUEL ALFONSO

- Valderas, 30 de septiembre de 1754.
- Padres: José Alfonso-Villagómez y Barba, nacido en Castroverde de Campos, y María Antonia Rodríguez de Lorenzana y Salazar Iráuregui, nacida en León.
- Mujer: Rafaela Quijada. Hijos: Miguel Alfonso, Francisco Alfonso, María de la O y Jacoba.
- Bachiller en Leyes por la Universidad de Zaragoza, 29 de abril de 1774, cuyo grado incorporó en la Universidad de Valladolid, 3 de noviembre de 1775, y con nuevo examen en la Universidad de Toledo, 23 de diciembre de 1778.
- Bachiller en Cánones por la Universidad de Valladolid, 17 de mayo de 1776.

- Licenciado (10 de enero de 1779) y doctor (14 de enero de 1779) en Leyes por la Universidad de Toledo.
- Colegial en el mayor de San Clemente de Bolonia, 1779.
- Caballero supernumerario de Carlos III, decreto, 23 de abril de 1780.
- Catedrático de Cánones en la Universidad de Bolonia, 1782-1784.
- Alcalde del crimen de la Audiencia de La Coruña. Resolución a consulta de la Cámara de 31 de marzo de 1785. Título, 6 de mayo de 1785.
- Oidor de la misma Audiencia. Resolución a consulta de la Cámara de 18 de mayo de 1790. Asesor de correos marítimos y terrestres del reino de Galicia; juez protector de la renta de votos del santo apóstol Santiago y asesor de la real fábrica de mantelería.
- Consejero de Órdenes, decreto, 3 de abril de 1796. Título, 12 de mayo de 1796. Jura: 18 de mayo de 1796.
- Consejero de Castilla, decreto, Aranjuez, 9 de marzo de 1806. Título, 16 de marzo de 1806.
- Magistrado del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, 1809.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 16 de septiembre de 1810.
- Diputado por León en las Cortes de Cádiz, 1810.
- Consejero de Castilla cesante, 1812.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 3 de junio de 1814.
- Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia, 14 de marzo de 1820.
- Consejero de Castilla repuesto, 1823.
- Jubilado, decreto, 20 de febrero de 1824.
- Consejero de Castilla repuesto, decreto, 16 de febrero de 1825. Subdelegado de penas de cámara, 1829.
- Falleció en 1829.

VILLANUEVA Y PACHECO, ANTONIO DOMINGO

- Plasencia, 1731.
- Bachiller en Leyes (17 de diciembre de 1750) por la Universidad de Salamanca, y licenciado y doctor por la de Avila, 1753.
- Colegial en el mayor de San Ildefonso de Alcalá de Henares, ingresa el 25 de enero de 1755.
- Bachiller (26 de octubre de 1756) y licenciado (6 de mayo de 1764) en Cánones por la Universidad de Alcalá de Henares.
- Juez de la Audiencia de Canarias, 21 de mayo de 1771.
- Oidor de la Chancillería de Granada, 28 de enero de 1779.
- Regente del Consejo de Navarra. Resolución a consulta de la Cámara de 29 de julio de 1789. Plaza vacante por promoción de José Cregenzan a la presidencia de la Chancillería de Valladolid. Título, 6 de octubre de 1789.
- Virrey interino de Navarra.
- Consejero de Castilla, 6 de abril de 1794. Plaza vacante por fallecimiento de Francisco Gabriel Herranz y Torres. Título, 8 de mayo de 1794.

- Camarista, decreto, 2 de febrero de 1807. Título, 6 de febrero de 1807.
- Repuesto en el Consejo de Castilla y en la Cámara, decretos, 3 y 5 de junio de 1814.
- Falleció en Madrid, 4 de febrero de 1816.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTOLA, M.: *Los afrancesados*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.
- BURKHOLDER/CHANDLER: *Biographical Dictionary of Audiencia Ministers in the Americas, 1687-1821*, Westport, 1982.
- CHAVARRI SIDERA, P.: *Las elecciones de diputados a las Cortes Generales y extraordinarias (1810-1813)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CORONAS GONZÁLEZ, J. R.: «El Consejo de Gobierno de la monarquía española (1833-1836)», en *De la Res Pública a los Estados Modernos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1992, pp. 343-364.
- CORONAS GONZÁLEZ, S. M.: *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992.
- DESDEVEISE DU DEZERT, G.: «Le Conseil de Castille en 1808», en *Revue Hispanique*, t. XVII (1907), pp. 66-378.
- DIOS, S. de: *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Ediciones de la Diputación de Salamanca, Salamanca, 1986.
- DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los Oidores de las Salas de lo Civil de la Chancillería de Valladolid*, Valladolid, 1997.
- ESCUADERO, J. A.: *La Real Junta Consultiva de Gobierno (1825)*, Madrid, 1973.
- GAN GIMÉNEZ, P.: *La Real Chancillería de Granada (1505-1834)*, Centro de Estudios Históricos de Granada y su reino, Granada, 1988.
- GIL NOVALES, A.: *Diccionario Biográfico del Trienio Liberal*, Madrid, 1991.
- GÓMEZ-RIVERO, R.: *Los orígenes del Ministerio de Justicia (1714-1812)*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- «Consejeros de Castilla en el reinado de Carlos IV», en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, t. II, Volumen*, pp. 187-238, incorporado más tarde en *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, M. A.: «Las cuatro Universidades de un consejero del Antiguo Régimen, : don Miguel Alfonso-Villagómez y Lorenzana», en *Ius Fugit. Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 1 (1992), pp. 37-46.
- LASSO GAITE, J. F.: *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica*, Madrid, 1984.
- MOLAS RIBALTA, P.: «Las Audiencias borbónicas en la Corona de Aragón», en *Historia social de la Administración española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII*, Barcelona, 1980.

- *La Audiencia borbónica del reino de Valencia (1707-1834)*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 1999.
- *Los magistrados de la Ilustración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- «Los fiscales de Campomanes», en *Campomanes, doscientos años después*, ed. D. Mateos Dorado, Public. de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2003, pp. 329-342.
- MONTANOS FERRÍN, E.: «El Consejo de Gobierno (1833-1836)», en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, Editorial Complutense, Madrid, 1996, T. II, volumen*, pp. 267-317.
- MORENO PASTOR, L.: *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- PANO, M.: *La Condesa de Bureta y el regente Ric*, Zaragoza, 1908; *Documentos del reinado de Fernando VII. III. Arias Tejeiro (1828-1831). Diarios (1828-1831)*. Introducción y notas de Ana María Berasaluze, t. I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1966.
- PÉREZ MARTÍN, A.: «Proles Aegidiana», t. 3. *Los colegiales desde 1601 a 1800*, Bolonia-Zaragoza, 1979.
- PUYOL MONTERO, J. M.: *El Consejo Real de Castilla durante el reinado de Fernando VII*, 2 vols. Madrid, 1992, tesis doctoral en CD-ROM.
- SÁNCHEZ BELLA, I.: «La reforma de la Administración Central en 1834», en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.
- SESÉ ALEGRE, J. M.: *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVIII*, Eunsa, Pamplona, 1994.
- SUÁREZ, F.: *Actas de la Comisión de Constitución*. Estudio preliminar por M.^a Cristina DIZ-LOIS, Ediciones del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976.
- TOMÁS VILLARROYA, J.: *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas Leyes Fundamentales a una sola Constitución», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXV (1995), pp. 13-125.

FUENTES

A) *Manuscritas:*

Archivo Histórico Nacional.

Consejos, legajos 5521, 11.887, 12.147, 13.371 y 51.433.

Estado, legajos 128, 6379, 6380 y 6404.

Ministerio de Hacienda, legajos 527, 528, 531, 1250, 1252, 1497, 1542, 2051, 2052, 5032, 5042, 5058 y 5062.

Ministerio de Justicia, Jueces y Magistrados, legajos 1252/40, 4242/24, 4289/974, 4328/1542, 4390/2280, 4391/2307, 4418/2772, 4459/3215, 3230 y 3231, 4505/3984, 4522/4280, 4547/4651, 4576/4935, 4576/494, 4576/4935, 4576/7494, 4611/5369, 4612/5376 y 5381, 4618/5419, 4681/6080, 4684/6236, 4717/6724, 4718/6840, 4734/7079, 4750/7281, 4827/9425, 4830/9573, y 4842/9974.

B) *Impresas:*

Actas de la Diputación general de los españoles que se juntó en Bayona el 15 de junio de 1808, Madrid, 1864. *Actas de las sesiones de la Legislatura ordinaria de 1813*, Madrid, 1876. *Actas de las sesiones de la Legislatura ordinaria de 1814*, Madrid, 1876. *Documentos del reinado de Fernando VII. III. Arias Tejeiro (1828-1831). Diarios (1828-1831)*. Introducción y notas de Ana María Berasaluze, t. I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1966. *Diario de sesiones de las Cortes generales y extraordinarias*, Madrid, 1970. *Gaceta de Madrid*, años 1808-1820.

RICARDO GÓMEZ RIVERO

El derecho catalán de sucesiones en vísperas de la codificación *

Señor, ¿existe acaso la familia? Yo lo niego en una sociedad dónde al fallecimiento del padre ó de la madre se dividen los bienes, y se dice á cada uno de sus miembros que vayan por su camino. Redúcese, pues, la familia á una asociación temporal y fortuita que la muerte disuelve prontamente. Nuestras leyes no solo han destrozado las casas y las herencias, sino que también han interrumpido la perpetuidad de los ejemplos y de las tradiciones: solo veo escombros a mi alrededor.

Frase atribuida a «un escritor francés» y tomada de Joaquin Cadafalch, *La libertad de testar. Recopilación de varios escritos sobre la familia*, Barcelona, 1859.

Cáusame admiración el ver que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuído á las leyes de sucesión mayor influencia de la que tienen en las cosas humanas. Si bien es cierto que estas leyes pertenecen al orden civil, deberían, sin embargo, figurar al frente de todas las instituciones políticas.

Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, tomo I, capítulo 3.º

1. LA CONTROVERSIA EN EL RÉGIMEN DEL DERECHO DE SUCESIONES

El Proyecto de Código civil de 1851 se presentaba, en el orden del Derecho sucesorio, como una alternativa bien diversa a la tradicional catalana y, en

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología para los años 2004-2006, titulado «Els juristes i la construcció d'un sistema de dret privat. El cas de Catalunya (s. XII-XX)» Ref. BJU 2003-09552-C03-02, dirigido por el Dr. José Luis Linares de la Universitat de Girona.

general, como una alternativa a un conjunto de ordenamientos forales que se caracterizaban por el principio de la libertad de testar¹.

La entidad del conflicto (desde un clarificador punto de vista cuantitativo y según los cálculos de Pedro Nolasco Vives i Cebriá), era la siguiente²:

«Si comparamos la legislación castellana con la foral; supuesto que hay provincias en que el padre puede disponer de todo; que en Cataluña queda á libre disposición del padre un 75 por 100; y que en Castilla el padre solo tiene libre un quinto, el término medio sería de un 65 por 100. La comisión pues, concediendo al padre solo un tercio, ó sea, 33 por 100, ha concedido un 22 menos de lo que concede el término medio de las legislaciones modernas, y un 32 por 100 menos que el término medio entre la legislación foral y la legislación general del reino. ¿Qué motivo hay para tratar así á los padres en España? ¿Son por ventura aquí desnaturalizados los padres? Francamente, parece imposible que la comisión haya regateado tanto la facultad de los padres, cuando hay un solo hijo.»

Además, si la comparación se establecía con otros códigos europeos, la propuesta del Proyecto de 1851 resultaba, del mismo modo, especialmente radical.

Según los artículos 913 del Código francés y 961 del holandés, la legítima de los hijos y descendientes era de la mitad de los bienes quedando un hijo, dos terceras partes quedando dos, y tres cuartas partes quedando tres o más. Según los artículos 829 del código napolitano y 765 del austríaco, la legítima alcanzaba a la mitad de los bienes, cualquiera que fuese el número de hijos. Según el artículo 1480 de la Luisiana, la legítima era del tercio quedando un hijo, de la mitad quedando dos, y de dos tercios quedando tres o más. Según el artículo 719 del código sardo, era la legítima de un tercio quedando uno o dos hijos, y de la mitad quedando más. En el Código bávaro (art. 5, capítulo 3, libro 3), se establecía una legítima de un tercio habiendo hasta cuatro hijos, y de la mitad de cinco hijos en adelante. Finalmente, en el Código prusiano, en su artículo 392, título 2, parte 2, se establecía una legítima del tercio habiendo hasta dos hijos, la mitad habiendo tres o cuatro, y dos tercios quedando cinco o más.

El Proyecto de 1851, en su artículo 642 describía una legítima mucho más rígida y amplia que la contenida en cualquiera de los Códigos europeos referidos: Para el caso de que hubiere un solo hijo la legítima a la que éste tendría derecho alcanzaría los dos tercios de la herencia. En el caso de que el número de hijos fuese de dos o más, la legítima sería cuatro quintos de los bienes, el ochenta por ciento.

¹ Un estudio sobre los distintos sistemas forales al respecto lo hace en aquel tiempo Carlos FAGES DE PERRAMÓN: «De la sucesión por causa de muerte; fundamento de la facultad de testar; estudio comparado de los sistemas de sucesión vigentes en las varias provincias de España y juicio crítico de cada uno», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 40 (1872), pp. 343-363.

² Pedro NOLASCO VIVES I CEBRIÁ: «Observaciones sobre algunos artículos del Proyecto de Código civil de España que tienen mira a la cuota de la legítima y al modo de pagarla», Barcelona, 1862. El opúsculo se incorpora a la segunda edición de *Traducción al castellano de los Usatges y demás Derechos de Cataluña*, Barcelona, 1861-1867, tomo II, p. 274.

2. LAS IMPLICACIONES POLÍTICAS DEL RÉGIMEN SUCESORIO DE LA LEGÍTIMA

Desde luego, había aspectos políticos escondidos en la controversia: los que aludían a la circunstancia de que la libertad de testar solicitada, podía ser un expediente a través del cual cierta aristocracia pretendía mantener los vínculos y mayorazgos derogados por la legislación liberal de comienzos de siglo³; se habla en este sentido de un «feudalismo injertado» que aspiraba a pervivir a través de las posibilidades que permitía un régimen sucesorio con legítimas escuetas⁴.

Ello explicaría que, en Cataluña, algunos círculos liberales desarrollaran argumentos jurídicos en contra, paradójicamente, de la libertad de testar, destacando sus orígenes señoriales⁵; una paradoja (la de argumentar los liberales contra una manifestación jurídica de la libertad), que apenas se produciría en otras regiones del Estado, siendo especialmente característica de Cataluña.

Y es que la libertad de testar que se pretendía podía servir para mantener la posición preeminente de la antigua aristocracia en el nuevo orden constitucional. García Goyena lo pondría de manifiesto⁶:

«Además hay una razón política y de circunstancias especiales, para temer los abusos de la absoluta libertad, así en Castilla como en las provincias de Fueros. Los mayorazgos han sido abolidos recientemente y la vanidad frustrada por este lado, buscaría medios de satisfacción en la absoluta libertad, sacrificando los afectos de la sangre y las exigencias del orden ó derecho público.»

En este marco, algunos de los sectores nostálgicos del Antiguo Régimen habían salido al paso de estas acusaciones, y alegaban en su defensa las razones de un derecho absoluto de propiedad que debía respetarse, independientemente del uso que pudieran darle a la misma los legítimos propietarios. De esta forma los «hereus» pretendían también tener su lugar dentro de la contemporaneidad⁷ y terminaban coincidiendo, paradójicamente, con los liberales en la defensa de unos mismos principios, aunque desde bien distintas perspectivas.

³ Desarrolla mucho en estos aspectos Bartolomé CLAVERO: «Formación doctrinal contemporánea del Derecho catalán de sucesiones: la primogenitura de la libertad», en *La reforma de la Compilació: el sistema successori. III Jornades de Dret català a Tossa*, Barcelona, 1985, pp. 9-38.

⁴ Cfr. Joaquim CASANOVAS I FERRÁN: *Cuestión sobre los derechos de herencia en el Principado de Cataluña*, Sevilla, 1869.

⁵ FRANCISCO DE PAULA VIDAL: *Las legítimas de Cataluña. Memoria presentada al Gobierno de S.M. contra la costumbre catalana relativa a las sucesiones testamentarias*, Barcelona, 1855. FRANCISCO DE POU, *Memoria sobre la conveniencia y utilidad de la sucesión forzosa en la forma que se establece en el Proyecto de Código civil español*, Barcelona, 1857.

⁶ FLORENCIO GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, tomo II, Apéndice, núm. 7, p. 332

⁷ RAIMON ROIG I REY: «De la libertad de los padres en la distribución de sus bienes a favor de sus hijos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 14 (1859), pp. 419-428.

Cierta historiografía ha insistido mucho en la lógica política de este debate, olvidando, quizás en demasía, que esta controversia dilucidaba una cuestión de Derecho privado⁸. Estos autores afirmaban que el orden constitucional español del s. XIX, definido por el moderantismo, constituía un régimen político paradjico, habida cuenta que incorporaba y armonizaba al mismo tiempo elementos del Antiguo Régimen y del liberalismo político.

Desde ese punto de partida, intentaban comprender otras paradojas, una de ellas que fueran los Gobiernos de España los que impulsaran un Código civil que instauraba el sistema de legítimas rígido como fórmula para hacer inviable el mantenimiento de sistemas vinculares testamentarios; un Código que, al mismo tiempo, preveía unos Apéndices, esto es, un régimen de supervivencias y mantenimiento de instituciones jurídicas regionales, entre las que se encontraría el principio de libertad de testar, con las consecuencias políticas previsibles en relación con el mantenimiento de estructuras regionales vinculares.

Independientemente de que los Gobiernos moderados optaran conscientemente o no por esta estrategia, sí fue cierto que se les intentó hacer ver lo conveniente de mantener un sistema de sucesiones libre desde los propios principios políticos del moderantismo:

«La institución de los senadores por derecho propio obedece a la necesidad de que esa clase que debe existir en toda monarquía bien organizada entre el rey y el pueblo, sea uno de los elementos del poder legislativo e intervenga en la formación de las leyes sin que esta intervención nazca de merced real o de voto popular; ahora bien, ¿puede existir esta clase con nuestro régimen hereditario? Claro es que no: se impone la necesidad de la libertad de testar, que debiera hacerse extensiva a todos los ciudadanos por exigirlo así la libertad civil»⁹.

Estos y otros reclamos no caerían en saco roto, dado que desde la sensibilidad de las estructuras sociales más vinculadas a la propiedad territorial, se llegará a afirmar durante el último tercio del s. XIX que en el proceso político de desamortización y desvinculación en general «se ha exagerado más de lo justo en los últimos tiempos». La afirmación la hacía, ni más ni menos que Cirilo Álvarez, Presidente del Tribunal Supremo, en su discurso de inauguración del curso judicial de 1877. Y es que, con la Restauración puesta en marcha, los sectores sociales más vinculados a la propiedad inmobiliaria tendrían,

⁸ Destaca a este respecto Bartolomé CLAVERO: *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pp. 8-9. El mismo, «Formación doctrinal contemporánea del Derecho catalán de sucesiones: la primogenitura de la libertad», p. 16.

⁹ JOSÉ DE LIÑÁN I EGUIZÁBAL: *Libertad de testar*, Madrid, 1883, pp. 75-77. En la misma línea, cfr. JOSÉ GARCÍA BARZANALLANA, en su discurso de contestación al de Juan DE LA CONCHA CASTAÑEDA: «¿Convendría, para uniformar nuestra legislación, robustecer el poder paterno, mejorar la organización de la familia y, hasta dar solidez al derecho de propiedad, admitir y llevar a nuestras leyes el principio de libertad de testar?», en *Discursos de Recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, II, 1875-1881*, Madrid, 1884 (el discurso de García Barzanallana, pp. 457-477; el de Juan de la Concha, pp. 425-456).

en algunas regiones, una especial animadversión a un régimen de legítimas estricto que llegaría a calificarse de puro comunismo¹⁰.

Tradicionalmente se ha interpretado que la controversia decimonónica entre el Código civil y las legislaciones forales acabaría en tablas, en la medida en que los proyectados Apéndices se retrasarían indefinidamente, posibilitando el mantenimiento en su conjunto de las diversas legislaciones históricas del Estado. Pero atendidos estos datos y la personalidad política de los Gobiernos de la Restauración, pudieran no haber sido tanto unas «tablas», como un acuerdo si bien no expreso, sí perfectamente sobreentendido.

Tal y como expuso Gumersindo de Azcárate, tras la derogación del régimen señorial,

«dos principios podían afirmarse al destruir las vinculaciones: el de libertad de testar y el de las legítimas; la revolución en casi todas partes ha mantenido el segundo, no derivándole de la copropiedad de la familia como en otro tiempo se derivó, y con razón, sino más bien porque lo encontraba ya establecido, porque habría sido una transición demasiado brusca pasar de la vinculación a la libre testamentificación, por temor también a que se hiciera de ese derecho un uso tal que viniera a producir algunos de los inconvenientes de las vinculaciones, como ha sucedido y está sucediendo en la Gran Bretaña, y más que nada por una razón de carácter puramente utilitario, esto es, por temor al abuso en otro sentido de parte de los testadores o por desconfianza...»¹¹.

Las legítimas rígidas del Código serían una herramienta de transición, una fórmula hacia la libertad de testar que hiciera menos violento el camino, menos abrupta la transición desde las vinculaciones, aprovechando la tradición de las legítimas allá donde estuviera arraigada esa práctica. En los lugares en donde la práctica era ya la libertad de testar, independientemente de correrse el riesgo de que fuera utilizado ese derecho de manera abusiva, la conveniencia política y, quizás, la conveniencia legislativa aconsejarían no modificar el principio al que, de todas maneras, estaba encaminado todo el proceso.

En Cataluña, en todo caso, se sabrá justificar la paradójica confluencia de la libertad de testar con la institución del *hereu*. La *llibertat de testar i l'institució d'hereu*¹², se harán perfectamente compatibles mediante la consideración de que esa *llibertat*, principio fundamental del Derecho catalán, se llenaría de contenido a través de la práctica consuetudinaria del *hereu*, una práctica consuetudinaria que se defendía sólo en tanto siguiese siendo costum-

¹⁰ Por ejemplo, Hermenjildo ROJAS DE LA VEGA, *Medios para movilizar la propiedad inmueble: sus fundamentos y sus consecuencias económico-jurídicas*, Madrid, 1892, pp. 14 y 35-41, o Joaquín CADAFALCH I BUGUÑÀ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?*, Madrid, 1863, p. 67.

¹¹ Gumersindo DE AZCÁRATE: *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, Madrid, 1879-1883, II, pp. 283-284 y 378-379.

¹² Cfr. el estudio del mismo título, de Agustí TRILLA I ALCOVER, publicado en Barcelona en 1886.

bre viva, dado que si se convirtiera en ley, se decía, el principio de libertad de testar quedaría abolido, regresándose a la práctica obsoleta y anacrónica de los mayorazgos¹³.

No obstante, conviene destacar la idea de que también habría en Cataluña numerosas voces a favor del establecimiento de un sistema rígido de legítimas¹⁴, tal y como quedaría de manifiesto, sin ir más lejos, en una *Representación a las Cortes al objeto de mejorar la suerte de Cataluña y reparar los males que a la misma está causando la ley que rige en ella sobre sucesiones testamentarias*¹⁵, o en la Memoria de D. Francisco de Paula Vidal, titulada *Memoria presentada al Gobierno de S. M. contra la costumbre catalana relativa a las sucesiones testamentarias*¹⁶. Llegándose, incluso, a solicitar autorización para constituir una sociedad que pretendía denominarse *Directorio de segundos con el objeto de promover ya de palabra ya por escrito la publicación del Código civil*¹⁷.

3. EL RÉGIMEN DE LAS LEGÍTIMAS Y EL CONCEPTO TRADICIONAL DE FAMILIA

Pero, independientemente de las razones políticas y el conflicto económico subsistente en relación con esta cuestión (que puede explicar en algún grado la acritud de la oposición a la codificación planteada desde Cataluña), lo cierto es que el Proyecto de Código de 1851, en sede de Derecho de sucesiones, implicaba un atentado contra el sentido tradicional de la familia catalana.

La oposición al Proyecto de 1851 no sería, en este punto, un mero movimiento de rentistas, de aristocracias nostálgicas y de juristas a su servicio, sino que implicaría, también, a todo el tradicionalismo catalán, cualquiera que fuese su extracción social y económica.

¹³ La Real Orden de 12 de junio de 1851 que publicaba el Proyecto de Código civil solicitaba a instituciones, corporaciones y tribunales de justicia la elaboración de observaciones en relación con el Proyecto. En el Ministerio de Justicia, Archivo de la Comisión General de Codificación, legajos de Organización, núm. 5, «Comunicaciones entre el Gobierno y la Comisión», 1849-1869, documento núm. 117, se encuentra el *Índice de los Tribunales, Corporaciones científicas, Prelados, funcionarios públicos y personas particulares cuyas observaciones sobre el proyecto del Código civil se remiten á la Comisión de Códigos con la Real Orden de 19 de octubre de 1853*. De este elenco de informes nos dio noticia por primera vez Salvador CODERCH (*La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985). El conjunto de los argumentos que el conjunto de las «Exposiciones» y «Observaciones» al Proyecto se hacen desde Cataluña al respecto de la cuestión de la libertad de testar, y siempre en su defensa, nos las esquematiza CODERCH: *La Compilación*, pp. 96-101.

¹⁴ Datos al respecto ofrece CODERCH: *La Compilación*, pp. 89-90.

¹⁵ Barcelona, 1858.

¹⁶ Barcelona, 1855.

Este sector llegaría a dejar oír su voz en la prestigiosa e influyente *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. XVI (1860), donde Francisco Pou publicaría un artículo titulado «De la sucesión forzosa».

¹⁷ Cfr. CODERCH: *La Compilación y su historia*, p. 129, nota 289.

Ello explica que este punto de fricción tuviera la característica de ser vivido con gran intensidad por la sociedad de la época, constituyendo mucho más que la emanación jurídica de un conflicto de intereses económicos y políticos. Y es que, en buena medida, se estaba haciendo referencia al nuevo modelo de familia de la sociedad española contemporánea¹⁸.

Un ejemplo de la viveza de este debate, que fue mucho más allá de los reducidos círculos jurídicos, lo constituyen los diez y seis artículos de prensa que publicaría Reinalt i Rabassa en el *Diario de Barcelona*, entre junio y noviembre de 1852¹⁹, dedicados casi monográficamente a defender el régimen sucesorio tradicional de Cataluña, frente al sistema de legítimas castellano que pretendía imponerse con el Proyecto de Código civil de 1851.

Del mismo modo, podría atenderse al dato de que esta cuestión fue una de las debatidas en el Congreso de Jurisconsultos españoles de 1863, al efecto de la controversia sobre la codificación civil en España²⁰. Y resultará fácil comprender que proliferaran folletos como el titulado *Abajo las legítimas. Plaza a la libertad de testar*, por un lado, o como el titulado *No más hereus ni pubillas*, por otro²¹. Y es que, con palabras de Joaquín Costa, «en todo tiempo revistió esta cuestión excepcional importancia, y hoy más que nunca, porque en ella vienen a resolverse o con ella se enlazan, no por remotas relaciones, sino de una manera directa e inmediata, gravísimos problemas sociales que agitan hondamente á la opinión europea y remueven hasta los cimientos del orden social»²².

La familia era considerada por el tradicionalismo catalán como la institución básica del orden social. Reinalt y Rabassa, en el segundo de sus diez y seis conocidos artículos publicados en el *Diario de Barcelona* con el título genérico «El Código civil en Proyecto», afirmaba: «el poder doméstico debe estar siempre en razón inversa del poder público; y cuanto debilitan a éste los límites que se le imponen en un gobierno libre, tanto debe dejarse más espedita y absoluta la autoridad de aquél». Y en el cuarto de la misma serie de artículos de prensa, comenzaba con la siguiente cita de Savigny: «la familia contiene el germen del Estado; y el Estado una vez formado tiene por elementos constitutivos las familias, no los individuos»²³.

¹⁸ Al respecto, cfr. Segismundo MORET Y LUIS SILVELA: *La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863.

¹⁹ Se publican los días 17 y 28 de junio, 9 y 20 de julio, 5, 17 y 27 de agosto, 24 y 25 de septiembre, 8, 16 y 22 de octubre, 9, 19 y 23 de noviembre.

²⁰ Tomando la palabra, al efecto de la cuestión, uno de los más prestigiosos juristas catalanes, Francisco de Permanyer. Cfr. el resumen de sus conclusiones en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 23 (1863), pp. 285-287. Del mismo modo, Joaquín Costa destacaría que en el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza se habían dedicado «al tema de la sucesión de los bienes paternos mayor número de sesiones que a ningún otro». Joaquín COSTA: «La libertad de testar y las legítimas», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 60 (1882), p. 422.

²¹ El primero, publicado en 1873 en Madrid, lo firma León Bonel. El segundo se atribuye a Andrés Guiamet.

²² COSTA: «La libertad de testar y las legítimas», p. 423.

²³ REINALT Y RABASSA: «El Código civil en Proyecto. Artículo II y IV», *Diario de Barcelona*, 28 de junio y 20 de julio de 1852.

Para el tradicionalismo catalán, la sociedad no se halla integrada por individuos aislados, sino que está estructurada en *organismos*, en corporaciones y estructuras que organizan a los seres humanos en torno a ideas y principios. Con palabras de Reinald y Rabassa:

«Ante todo pues, es necesario que exista la corporación, la idea, la sociedad; ó dejenera la reunión de individuos, si es que pueda existir sin estas circunstancias, ni aun instantáneamente en rebelión y viene á ser lo que son estos negros nubarrones que el viento disipa.»

Y si alguno de estos organismos que componen la sociedad resulta básico y esencial en cualquier orden social civilizado, ese es el *organismo familiar*, dado que «el principio según el que vive cada casa formará una atmósfera moral á la que no podrá sustraerse el padre, y levantará entidades, cuya existencia no podrá en manera alguna negar»²⁴.

Evidentemente, la familia de la que se hablaba era la tradicional catalana; una familia de corte patriarcal en la que el padre asumía en exclusiva todas las cargas matrimoniales²⁵, así como la patria potestad²⁶, constituyéndose en símbolo y guía de la unidad familiar.

La personalidad patriarcal del Derecho tradicional catalán se manifestaba muy significativamente en relación con el régimen jurídico de los peculios (esto es, el caudal o hacienda que el padre permitía a su hijo para su uso y comercio). La Constitución I.^a *De menors de 25 anys* establecía la necesidad de consentimiento paterno para que los hijos solteros pudieran establecer contratos, lo cual constituía una tutela especialmente gravosa cuando se trataba de personas que vivían de su propia industria y en casa propia. Pero es que el derecho de familia tradicional de Cataluña no consideraba la mayoría de edad como criterio de emancipación: en general, sólo la constitución de una familia propia, a través del matrimonio, era el cauce para alcanzar la plena capacidad de obrar. Una capacidad que, por lo tanto, sólo se habilitaba plenamente en la persona del padre de familia.

Esta concepción de la familia era argumento común de ese liberalismo europeo que miraba con temor los excesos de los jacobinos y, en general, los planteamientos extremos de la Revolución francesa. Sirva de ejemplo un autor

²⁴ REINALD Y RABASSA: «El Código civil en Proyecto. Artículo XIII», *Diario de Barcelona*, 22 de octubre de 1852.

²⁵ Cfr. Joan Pere FONTANELLA: *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus...*, Gerona, 1638, cláusula 6, glosa 1.^a, parte I, número 63; cláu. 6, glosa 2.^a, parte III, núm. 8. Tomás MIERES: *Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathaloniae*, Barcelona, 1533, collation 4.^a, cap. 12, núm. 11.

²⁶ Lluís DE PEGUERA: *Decissiones aureae in actu practico frequentes ex variis Sacri Regii Concilii Cathaloniae conchlussionibus collectae*, Barcelona, 1605, cap. 97, núms. 3, 4 y 5. FONTANELLA: *De pactis nuptialibus tractatus*, cláusula 5, glosa 8.^a, parte XI, número 30. Tomás MIERES: *Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathaloniae*, collation 9.^a, cap. 12, núm. 29. Jaume CÁN CER: *Variarum resolutionum juris caesarei, Pontificii et municipalis Principatus Cathaloniae*, Barcelona, 1594-1598, parte III, cap. 1, núm. 214.

de la reputación de Frédéric Le Play (muy difundido en la Cataluña de mediados del s. XIX)²⁷:

«Conforme vayan adelantando las sociedades en el camino de la libertad, tan solo la religión y la autoridad paterna ejercen en este sentido la presión que antes solía ser de las atribuciones del soberano. Mas esta transformación social, si en el fondo no debilita el principio de autoridad, asegura al individuo un grande aumento de bienestar, puesto que a los medios de represión fundados en la ley o en la fuerza pública sustituye aquellos que son hijos de la conciencia y de las afecciones de la naturaleza.

La igualdad civil, con arreglo a los mismos principios, á proporción que se desarrolla en el Estado, debe restringirse en la familia.»

No se trataba, por lo tanto, de mantener vínculos ni estructuras aristocráticas propias del Antiguo Régimen en plena etapa constitucional. Se pretendía, y eso es lo importante, *mantener y proteger unas estructuras sociales que garantizaran la pervivencia de unos valores tradicionales que se presentaban como perfectamente compatibles con el orden liberal.*

La imposición del liberalismo político había tenido como primera consecuencia generar una enorme debilidad en el poder político. Pero el derrumbe del viejo Leviatán del Antiguo Régimen debía compensarse, en opinión de los círculos del liberalismo tradicional, con la salvaguarda de espacios sociales que garantizaran la educación en el respeto a la autoridad, así como en el hábito del trabajo. Y la familia estaba especialmente llamada a desempeñar esta función. Con palabras, de nuevo, de Le Play²⁸:

«La escuela revolucionaria se ha inclinado principalmente, y en cuanto le ha sido posible, a prescindir de la familia y poner siempre el Estado frente a frente del individuo, motivo por el cual se separa tal vez más de la tradición europea, cuando, bajo las inspiraciones de ésta, se considera el Municipio y el Estado como un conjunto de familias, y se juzga vedada, a excepción de algunos casos de absoluta necesidad, toda intervención en los asuntos de esas naturales corporaciones (...) Así, mientras en el Oriente y Norte, por ejemplo, se juzgan las familias por sí mismas y sin intervención extraña, de sus hijos, enfermos y viejos, observamos en nuestro país que todos los días se crean corporaciones religiosas ó filantrópicas con el objeto de socorrer, bajo diferentes aspectos, la familia en su falta de recursos.»

²⁷ En especial su trabajo, *Les Ouvriers européens: études sur les travaux, la vie domestique et la condition morale des populations ouvrières de l'Europe d'après les faits observés de 1829 à 1879*, publicado en 1855, y muy citado por los juristas catalanes de la época que defendían el mantenimiento de la libertad de testar en Cataluña. En concreto, uno de aquellos juristas, Joaquín de Cadafalch, publicó varios extractos de este libro, así como artículos de prensa de Le Play en un folleto titulado, *Necesidad de la libertad de testar. Recopilación de varios escritos e ideas sobre la materia*, Barcelona, 1859. De este folleto tomaremos las citas de Le Play, en concreto la que sigue, que pertenece a un artículo de este autor publicado en el diario *La Patrie*, en mayo de 1858. En la recopilación de Cadafalch, pp. 27-28.

²⁸ *Ibidem*, p. 32.

Desde luego, para Frédéric Le Play la raíz del mal estaba perfectamente clara:

«Hase de atribuir la causa principal que enerva la familia a ese ataque que dirige a las costumbres particulares el derecho a la herencia aplicado ciegamente por la ley y por agentes públicos, en lugar de regularlo el padre, según mejor entendiere convenir a los hijos, a los intereses de cada familia y a las leyes del amor.»

El sistema de las legítimas privaba al padre de familia de su derecho a disponer de los bienes familiares *mortis causa*, imponiéndole un reparto legal que lo convertía en mero usufructuario de sus propiedades, otorgando a sus descendientes un derecho sobre su propio patrimonio que debilitaba su autoridad y, por lo tanto, su capacidad de instrucción y de educación.

El derecho a las legítimas se entendía, desde este punto de vista, como la imposición legal de la liquidación del orden familiar, al dar lugar al reparto del patrimonio familiar a la muerte del padre de familia, con la consiguiente disgregación de sus miembros.

Para un sector de liberales moderados (liberales absolutamente leales al orden constitucional), la única manera de mantener vivas las estructuras familiares, su fuerza patrimonial, su capacidad de protección sobre sus miembros y su capacidad de conservación de las tradiciones de que éstas eran custodios, consistía en establecer un sistema sucesorio que fuera capaz de conservar el conjunto de los principios, sentimientos y patrimonio de cada casa a través del sistema de la sustitución: el padre, a su muerte, era sustituido en el conjunto de todos sus poderes por uno de sus hijos, de manera que la familia se perpetuaba en la primogenitura. Con palabras de Reinald i Rabassa: «la idea es conservar las tradiciones, los sentimientos, la moralidad de la familia, que la casa *jacens*, obre moral y materialmente por medio de la madre y el heredero, cual cuando vivía su jefe»²⁹. Este autor dedicaría párrafos muy significativos al respecto de esta idea:

«La institución de los herederos en Cataluña arranca no del hombre, sino de un conjunto, la familia tiene por fin un conjunto todavía, el trabajo y el poder, la casa y la trabazón que la une, es aquella trabazón que tienen entre sí los sentimientos, y los principios cristianos, los principios que afirman, los sentimientos que resignan. El trabajador y el padre, el poder debe tener a sí unido y consigo mismo confundido otro trabajador, y otro padre, otro poder: es prudencia y necesidad, quizá también orgullo tenerlo y contemplarse, humedecidos los ojos, origen de una generación de intrépidos empresarios, de laboriosos agricultores, educados en las privaciones, y en el respeto a la autoridad: independientes por el trabajo y sociales por educación, fieros por índole y dóciles por los hábitos de sumisión que aprendieron en la familia: asociarse el padre en el gobierno de la familia a aquel de los hijos que llegará primero a compartir con él su trabajo y el sostenimiento de la familia: hé aquí

²⁹ REINALD Y RABASSA: «El Código civil en Proyecto. Artículo XIII», *Diario de Barcelona*, 22 de octubre de 1852.

el espíritu y la clase de la institución de los herederos en Cataluña. (...) Como en Roma la herencia no es la suma de unidades corporales o de valores, sino un lugar vacío, un todo moral, si así puede vertirse la noción de la herencia romana (...); este todo moral es el poder por naturaleza uno, es el trabajo cuya dirección ha de venir de una misma inteligencia y cuyas fuerzas convergen a un mismo punto racional y social, es el deber uno, indivisible, que por ambas cosas pesa sobre el que se llama heredero. Por esto es uno solo el heredero en Cataluña.»³⁰

El artículo 642 del Proyecto de Código civil de 1851, al imponer el necesario reparto del ochenta por ciento del patrimonio familiar entre los legitimarios, constituía un atentado gravísimo contra este concepto de familia y su sistema de pervivencia³¹.

Y es que el concepto social y económico catalán de familia exigían su correspondiente concepto jurídico de herencia en el que no cabía, desde luego, el régimen castellano de legítimas.

En Cataluña «la palabra herencia no tiene, como cree el vulgo, una significación limitada, sino muy variada y extensa: se refiere a cosas materiales y morales», es el conjunto al que el Derecho Romano denominaba *universum ius*:

«La herencia no sólo es la idea del goce, sino también la del cargo y del deber. El que tras la muerte del autor de sus días, de un deudo, ó de un amigo, solo vé una casa, un trozo de tierra, una fábrica, un capital, etc., cabe desde luego sentar que no comprende la significación de la palabra herencia, es un alma materializada y dominada por el goce. (...) En las herencias hay obligaciones á cuyo cumplimiento puede uno ser compelido judicialmente; pero las hay también que pertenecen al orden moral y dependen de la buena conciencia del que lleva el título de sucesor. Contamos entre estas últimas las que el difunto no supo ó no pudo prever, por ejemplo, la asistencia que se debe á una madre, á un hermano, á un deudo, á un amigo, asistencia de que él no habría prescindido: contamos entre las mismas la conservación de las buenas tradiciones de la familia. Difícil es encontrar una familia, sea cual fuere su clase, que no tenga un objeto á que atender y una memoria que guardar. (...)

Todas esas cosas que indicamos, y otras muchas que podríamos exponer, se deducen de la palabra herencia. Forman juntas una unidad compacta y homogénea, que no se puede transmitir ni conservar, cuando la ley previene una imprudente y exagerada división. Sólo el hombre conocedor de su índole y circunstancias está en el caso de fijar con provecho el destino del haber hereditario; no la ciega y monótona voluntad de la ley.»³²

³⁰ REINALS Y RABASSA: «El Código civil en Proyecto. Artículo V», *Diario de Barcelona*, 5 de agosto de 1852.

³¹ El artículo, en concreto, decía lo siguiente: La legítima de los hijos y descendientes será de los cuatro quintos de los bienes. Quedando un solo hijo descendiente, será de los dos tercios. La de los padres y ascendientes será de los dos tercios, siendo aquéllos dos ó más; y de la mitad, siendo uno solo.

³² Joaquín CADAFALCH Y BUGUÑÁ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente? Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1862, pp. 69-70.

El conflicto entre el principio de libertad de testar y el derecho a las legítimas sucesorias implicaba, por lo tanto, mucho más que un mero fleco en el proceso de transición del Antiguo Régimen al orden constitucional. No se trataba, meramente, de una manifestación del proceso de desvinculación y desamortización de la propiedad inmobiliaria. En este conflicto se planteaba la forma del liberalismo político por venir, en cuanto presentaba la alternativa entre un Estado individualista o uno organicista.

4. LAS TRADICIONES JURÍDICAS ROMANA Y CASTELLANA

El polémico artículo 642 del Proyecto de Código Civil de 1851 seguía la tradición histórica del sistema de legítimas rígido castellano, que arrancaba del *Liber Iudiciorum*, y más específicamente de la ley 1.^a, del título V, del libro IV del Fuero Juzgo.

Allí se establecía como motivo para reformar la normativa de Derecho Romano al respecto la circunstancia de que:

«algunos son que biven sandiamiente, é despienden mal sus cosas, é dánlas á las personas estrannas, é tuéllenlas á los fijos é á los nietos sin razon, que estos non puedan aprovechar en el pueblo los que solien seer escusados de su trabajo por sus padres. Mas que el pueblo no pierda lo que non debe, ni los padres sean sin piadad á los fijos ó á los nietos cuemo non deven; por ende tollemos la ley antigua.»

Esta «ley antigua» que deroga el Fuero Juzgo (el Derecho Romano), al respecto de las legítimas componía un conjunto de normas que eran «generalmente consideradas como formando un intrincado laberinto»³³. Esquemáticamente, podemos afirmar que hasta el Imperio, el Derecho Romano otorgaba a los ciudadanos libertad absoluta de testar. No fue hasta los últimos tiempos de la República que se creó una opinión contraria a las personas que no tenían en cuenta en su testamento a sus hijos y más cercanos allegados (las personas que hubieran sido llamadas a la sucesión *ab intestato*), permitiendo que estos excluidos pudiesen plantear una queja ante los *Centunviris*, especie de Gran Jurado que conocía de cuestiones en relación con la propiedad y la herencia.

La jurisprudencia que establecieron los *Centunviris* fue la siguiente: partiendo de la premisa de que un espíritu sano nunca desheredaría sin motivo a un hijo o allegado, consideraban aquel testamento *inofficiosum*, esto es, como si hubiese sido hecho en un momento de demencia. En caso de que el allegado no fuese desheredado, sino simplemente llamado al testamento por una parte menor de lo que le hubiese correspondido *ab intestato*, sólo se admitía la que-

³³ Tomo la cita de un libro muy conocido por los estudiantes de Derecho catalanes de la segunda mitad del s. XIX. Carlos MAYNZ: *Curso de Derecho Romano, precedido de una introducción que contiene la Historia de la Legislación y de las Instituciones políticas de Roma*, Barcelona, 1892, tomo III, p. 403.

rela inofficiosi testamenti, y ello en el caso de que el querellante hubiera recibido menos de la cuarta parte de su expectativa legal.

La *querela inofficiosum testamenti* supuso un importante cambio en relación con la tradición jurídica existente, y es que suponía la anulación de un testamento perfectamente válido por motivos extra-normativos de índole moral. De hecho, esta *querela* no se consideraba *actio*, sino *accusatio*, dado que implicaba, o bien el reconocimiento de que el querellante era merecedor de la desheredación, o bien el reconocimiento de la infamia del testador y los herederos por él beneficiados.

En todo caso, importa destacar el hecho de que, por este procedimiento, quedaba vinculada una parte de la herencia, la cuarta parte, a ciertos allegados del testador, aquellos que le sucederían caso de morir éste intestado.

La ponderación de un cuarto de la masa hereditaria provenía de la Ley *Falcidia* del año 714³⁴, que limitaba la capacidad de legar en un máximo de las tres cuartas partes de todos los bienes, garantizándose para los herederos, al menos, la cuarta parte de la herencia. Este límite a los legados se haría extensivo a los fideicomisos y a las donaciones por causa de muerte y a las realizadas entre esposos³⁵; de ahí, y a través de la jurisprudencia antes referida, la cuarta parte pasó a constituir la tasa originaria de la reserva legítima (la *quarta Falcidia*).

Sabemos que era admitida la *querela inofficiosum testamenti* de los descendientes sin ningún límite, pero no así la de los colaterales, a los que ya avisara Ulpiano: *Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, quum obtinere spem non haberent*³⁶. A partir de Constantino, sólo se admitirían entre los colaterales a los hermanos y hermanas germanos y consanguíneos, y sólo en el caso de que la persona instituida pudiera ser calificada de indigna (*persona turpis*), quedando determinado, de esta manera, el conjunto de los «legitimarios»³⁷.

Justiniano reformó en varios aspectos esta situación. Sin ánimo de exponer el conjunto de la reforma justineana, tan sólo haremos referencia a alguno de sus aspectos. En concreto, mediante una Constitución del año 537 (Novela 18), modificó la cuantía de la legítima: si el número de hijos era de cuatro o menor, la legítima era de una tercera parte; en caso de ser más de cuatro el número de hijos, la legítima alcanzaría la mitad del patrimonio del causante.

En el año 542 Justiniano promulgaba la Novela 515, planteando la situación de la siguiente manera: en principio, era obligatorio instituir como herederos a los descendientes inmediatos, estableciéndose catorce hechos de ingratitud que permitían, excepcionalmente, la desheredación; debiéndoseles dejar en herencia, como mínimo, la legítima legalmente establecida (las mismas obligaciones quedaban instituidas para los descendientes, en relación con sus ascendientes directos).

³⁴ *Instituciones*, II, XXII.

³⁵ MAYNZ: *Curso de Derecho Romano*, III, p. 652-653.

³⁶ *Digesto*, V, II, 1.^a

³⁷ Cfr. MAYNZ: *Curso de Derecho Romano*, III, p. 408.

En este sentido, la ley 1.^a, del título V, del libro IV del Fuero Juzgo, «Que los fiios ni los nietos non deven seer desheredados», no podía decirse que atentara contra la tradición romano-justiniana; sí, aunque sólo técnicamente, contra la tradición anterior del Derecho Romano, en tanto el testamento que desheredaba al descendiente directo se consideraba jurídicamente correcto, pero se habilitaba una *accusatio* a la que antes hicimos referencia, para revocarlo.

La ruptura es más técnica, por lo tanto, que sustantiva, dado que, como acabamos de ver, la libertad de testar en el Derecho Romano era una libertad formal, en cuanto que el testamento no se cuestionaba técnicamente por la desheredación de los más cercanos allegados, pero existían vías eficaces para imponer la expectativa de estos allegados a partes importantes de la masa hereditaria.

El Fuero Juzgo, por un lado, impondría la necesidad de instituir herederos a los descendientes directos («el padre non puede desheredar los fiios ni los nietos por lieve culpa; mas puédelos ferir é castigar mientras que son en su poder»), salvo que se diesen causas específicas de desheredación («Mas si el fiio ó la fiia, ó el nieto ó la nieta fiziere grand tuerto ó grand desondra al padre ó á la madre...»).

Por otro lado, el Fuero Juzgo aumentaba la parte de la herencia vinculada a los legitimarios hasta el ochenta por ciento, dejando, tan sólo, un quinto de su patrimonio a la libre disposición del causante («si quisiere dar á la iglesia ó á otros logares, de su buena puede la quinta parte»).

Esta opción por unas legítimas sucesorias tan amplias se haría tradicional en el Derecho castellano: pasa del Fuero Juzgo a la ley 1.^a, título V, libro IV Fuero Real, se mantiene mediante la ley 28 de Toro, siendo recopilada y llegando a convertirse en la ley 8.^a, título XX, libro X de la Novísima Recopilación, de donde pasaba al artículo 642 del Proyecto de Código civil de 1851³⁸.

Florencio García Goyena era el ponente encargado en la Comisión General de Codificación de toda la materia de herencias, de modo que sus *Concordancias* resultan, en este punto, especialmente relevantes.

Ante todo, él reconocía que si se llevaba a cabo un estudio comparativo entre la tradición castellana, por un lado, y la foral y general europea por otro en relación con la cuantía de las legítimas, resultaba indiscutible el hecho de que su legítima era «mucho menor que la nuestra actual; y por consiguiente fortifican la autoridad paterna»³⁹.

Pero ese presunto quebranto de la autoridad paterna quedaba superado por «la ingeniosa mejora del tercio, que remonta al Fuero Juzgo y no tiene original ni copia, al menos que yo sepa, en los Códigos antiguos y modernos»⁴⁰. Y es

³⁸ Al respecto del régimen sucesorio castellano en Partidas, cfr. Tomàs DE MONTAGUT: «El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes», *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXII, (1992), vol. 1, pp. 239-326

³⁹ GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 90.

⁴⁰ Para algunos autores catalanes la «originalidad» del sistema de las mejoras, el no encontrarse seguido por ningún Código antiguo ni moderno, sólo sería un indicio de su notoria inefica-

que, efectivamente, el procedimiento de la mejora, que ya se estipulaba en el Fuero Juzgo, habilitaba al padre de familia a «mejorar» hasta con un tercio de la cuantía de la legítima a unos herederos legítimos sobre otros, ofreciendo al padre una posibilidad de premiar o castigar, por vía patrimonial, el comportamiento de sus hijos.

En este punto, además, el Proyecto de 1851 perfeccionaba la tradición, que no consideraba el supuesto del hijo único (en el que el padre no tendría la posibilidad de imponer su autoridad por medio de la posibilidad de la «mejora»). García Goyena nos explica que para este supuesto, la mejora «se ha sustituido, pues, por la facultad de disponer del tercio de todos los bienes a favor de extraños; el padre será así mas fuerte, y el hijo más sumiso»⁴¹.

La «mejora» que proponía el artículo 654 del Proyecto de 1851 no era la tradicional del Fuero Juzgo (un tercio del caudal de la legítima), sino «una doble porción de la legítima correspondiente a cada uno» de los legitimarios. Se calculaba, por lo tanto, mediante la ficción de considerar que había un legitimario más de los que de hecho existían, pudiendo repartir el causante esa porción con plena libertad entre los legitimarios. Daba lugar, por ejemplo, a que en el caso de ser los herederos forzosos dos hermanos, uno pudiera heredar hasta el doble que el otro.

El sistema castellano, por lo tanto, con las modificaciones que incorporaba el Proyecto de 1851, sí respetaba el principio de autoridad del padre de familia, mediante el procedimiento de su capacidad de mejorar a alguno de sus hijos. Una capacidad de mejora que «decrece cuanto mayor es el número de hijos, y esto parece muy equitativo»⁴². No obstante esta equidad que no se discute, habría que concluir (siendo coherente con los argumentos del propio García Goyena), que la autoridad del padre de familia disminuiría proporcionalmente al número de hijos que este tuviera.

Pero el problema que planteaba en Cataluña el sistema del Proyecto de 1851 no era tanto que constituyera una quiebra de la autoridad paterna (crítica que, ciertamente, podía cuestionarse mediante la referencia al sistema de las mejoras), sino que atentaba contra un concepto de familia tradicional que en Cataluña requería la conservación del grueso de su patrimonio en torno a un heredero concebido como sustituto del *pater* causante.

El necesario reparto del 80 por 100 de la herencia entre el conjunto de los hijos destrozaba el concepto de familia como unidad social permanente en el tiempo, incorporando unos valores de disgregación que resultaban totalmente innovadores en el orden jurídico de Cataluña.

Un ilustrativo ejemplo puesto tanto por Florencio García-Goyena como por el jurista catalán Cadafalch i Buguñà muestra muy a las claras que el deba-

cia. Cfr. CADAVALCH I BUGUÑÀ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias...?*, p. 145.

⁴¹ GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 91.

⁴² GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 102.

te de fondo sobre las legítimas sucesorias tenía como elemento esencial latente un concepto de familia que se entendía de manera muy distinta en Cataluña y en Castilla. El ejemplo aludido: una familia con una hacienda valorada en 15.000 duros y cuatro hijos.

García-Goyena partía de afirmar que a través del expediente técnico de la mejora el padre podía mantener su autoridad en la familia, incluso, con mayor contundencia que desde el principio de la libertad de testar, quedando garantizadas, además, a través de la imposición legal de las legítimas, las obligaciones para con los hijos.

Para probar esto ponía como ejemplo el supuesto de hecho antes enunciado, comparando los resultados de aplicarle los criterios legales castellano⁴³, por un lado, y del ordenamiento navarro por otro (que era el más radical de los forales en la observancia del principio de libertad de testar).

En opinión de García-Goyena, la situación de aquél de los cuatro hijos que recibiera en donación el grueso del patrimonio familiar no sería excesivamente halagüeña, habida cuenta que sobre los quince mil duros que heredara recaerían múltiples cargas: mantener a su padre y hermanos, «darles carrera, dotar y colocarlos en matrimonio, según el estado de la casa...»⁴⁴.

Al lado de esta situación, García-Goyena pinta la que resultaría de aplicar el régimen castellano y, aparentemente, el resultado sería mucho más favorable para todos:

«Yo apelo confiadamente al testimonio de todos mis paisanos (el autor era navarro), para que me digan si el donatario navarro, en el caso propuesto, queda tan beneficiado como quedará un castellano mejorado en el quinto y tercio. Éste, con las mejoras y su legítima, se llevará, *sin carga alguna*, 8750 duros de los 15000; y el contraste será más chocante cuanto mayor sea el número de hijos con el mismo capital, porque las mejoras importarán siempre la cantidad de siete mil duros.»⁴⁵

Lógicamente, el ejemplo que aporta García-Goyena incluía circunstancias implícitas que, cuando se hacen manifiestas sitúan en primer plano el verdadero debate que pretendía sustraer de la discusión. ¿Por qué el donatario navarro se ve gravado con las obligaciones familiares que tenía su padre y donador? ¿Y por qué motivo García-Goyena considera que el heredero castellano está

⁴³ En todo caso, García-Goyena aplicará sobre el supuesto de hecho que se pone de ejemplo la normativa tradicional castellana, que implicaba la posibilidad de una mejora de hasta un tercio de la legítima. No obstante, y como hemos ya advertido, el Proyecto de Código planteaba un criterio para calcular la legítima diferente, que la hacía disminuir conforme aumentaba el número de hijos.

⁴⁴ GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 330.

⁴⁵ *Ibidem*. La última afirmación de García-Goyena resulta cierta aplicando el sistema de mejoras tal y como venía estipulado en la tradición castellana. El tercio de la legítima y el quinto libre del conjunto del patrimonio familiar consistirán siempre en la misma cantidad. No será así con el sistema de mejora del Proyecto de 1851. En este sistema, la posibilidad de mejora es decreciente de forma proporcional al número de hijos.

libre de toda responsabilidad en relación con las vidas y carreras de sus hermanos? «Éste (dice García-Goyena), con las mejoras y su legítima, se llevará, *sin carga alguna*, 8750 duros de los 15000».

La razón implícita que no se manifiesta reside en que el heredero o donatario navarro es un *sustituto* del padre, prolongándose de esta manera su obra, *su familia*, como si siguiera en el mundo. Es indiferente a estos efectos que viva (en el ejemplo de García-Goyena vive, es un donante), o que muera.

La situación que se abre con el régimen castellano es radicalmente distinta. De entrada, la donación universal no sería ya posible. Y tras la muerte del causante, del padre de familia, se sobreentiende que muere también la propia familia tal y como se sostenía cuando él estaba en vida: el patrimonio se reparte y pese a que es posible que uno de los herederos se vea mucho más beneficiado que los demás a través del procedimiento de las mejoras (que sólo sirve para mantener la autoridad del padre en vida), el conjunto de las obligaciones familiares de carácter moral que el causante (padre de familia) tuviera para con sus hijos, se considera que no incumben ya al heredero más favorecido (el que recibe 8750 duros de los 15000), ya que se entiende que estas obligaciones morales quedan perfectamente cubiertas por las previsiones generales de la ley, por las legítimas (que en el ejemplo propuesto alcanzarían, poco más o menos, la cantidad de 2000 duros de los 15000, para cada uno de los restantes hermanos).

El jurista catalán Cadafalch i Buguñà, comentando el mencionado «ejemplo» de García-Goyena le reprochaba esto mismo que venimos diciendo:

«cómo puede resultar que el castellano mejorado, teniendo tres hermanos, reciba líquidos 8750 duros de los 15000 del indicado haber, cuando el navarro, donatario universal de igual valor, y también con tres hermanos, viene a recibir, según el Sr. García-Goyena, cumplidas aquellas cargas, poca cosa en limpio? Cómo y de qué manera se atienden las cargas, se sabe desde luego en el caso del donatario navarro. Pero, ¿cómo se atenderán en el caso del castellano mejorado? (...) ¡Cuán precaria no será, pues, la situación de los tres hermanos castellanos ante el mejorado! ¡Cuán preferible no será la de los tres hermanos navarros ante el donatario universal!»

Y añade

«Se comprenderá ahora fácilmente con cuanta oportunidad notamos que en las provincias forales la palabra herencia no sólo significa la idea del goce, sino también la del deber: que el heredero ó donatario universal no debe ser ni es considerado como la persona enriquecida por la suerte, sino como el continuador del padre, como representante de las ideas y sentimientos de la familia»⁴⁶.

La libertad de testar en las provincias forales era el soporte sobre el cual se levantaba una estructura familiar *permanente*, la cual constituía la mejor garan-

⁴⁶ CADAFALCH I BUGUÑÀ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?*, pp. 146-147.

tía del mantenimiento de los valores de unas formas de vida tradicionales que se sentían amenazadas en los convulsos años de mediados del s. XIX.

Por ello, la libertad de testar se entendía como la *libertad del padre de familia para disponer de ella y organizarla más allá de su propia muerte*. La libertad de testar partía, por lo tanto, de la existencia de un régimen jurídico patriarcal como el que existía en Cataluña. Sin ello, que se presumía, que se daba por descontado, no hubiera tenido sentido la lucha por el principio de libertad de testar.

El régimen sucesorio del Proyecto de 1851, en tanto que imponía un sistema legal y general de protección de los hijos a través de las legítimas, excluía al padre de esa función y limitaba enormemente su capacidad de disposición, al tiempo que ponía en marcha, como ya hemos dicho, un proceso de liquidación del patrimonio familiar y, por lo tanto, de la propia familia, la cual pasaría a desaparecer, como organismo patrimonial y social diferenciado, con ocasión de la muerte del causante.

Desde este punto de vista, es fácil comprender que para los planteamientos catalanes resultaran intolerables los juicios de testamentaría que, tan a menudo, tenían lugar tras la muerte del causante entre distintos miembros de una misma familia. Estos conflictos, derivados muchas veces de las diferentes valoraciones que se hacían acerca de las distintas unidades patrimoniales que componían el patrimonio familiar, venían a ser, a los ojos catalanes, algo así como una alegórica dramatización de la ruptura familiar que traería el nuevo régimen jurídico, algo así como la simbolización de la quiebra definitiva de los lazos entre los hermanos y la madre viuda que hubieran debido sostener a la familia unida sobre la conservación compacta del conjunto de su patrimonio.

El propio García-Goyena reconocía que en los territorios forales «se desconocen los autos de testamentarías, que forman en Castilla el patrimonio de los malos curiales, sobre la ruina y discordia de las familias»⁴⁷. Dado que, y como apuntaría Cadafalch i Buguñà, tras la muerte del padre de familia, cualquier coheredero, o mero legatario, «un cualquiera que a veces carece de derecho, o que a lo más debe percibir una mínima parte de la herencia, puede promover esa clase de juicios». El cuadro resultante resultaría, como dijimos, dramático:

«Penetran en su virtud en la casa de una familia que acaba de perder a uno de sus miembros y está en el llanto y la desolación un juez, un escribano, un alguazil, procuradores y otras personas que se dicen interesadas. Comiéntase a veces por una intervención que consiste en recoger ropas, alhajas y dinero, y en cerrar y sellar armarios, cómodas y piezas de la casa mortuoria. Principiase luego un inventario que dura días (...) Verifícase más tarde el avalúo y finalmente la división de los bienes con diversas reclamaciones, que dan lugar en piezas separadas a costosos pleitos»⁴⁸.

⁴⁷ GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, p. 329.

⁴⁸ CADAFALCH I BUGUÑÀ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?*, p. 153.

En sentido similar, cfr. JUAN DE DIOS TRÍAS: *Conferencias de Derecho civil catalán*, p. 31, nota 5.

Esta liquidación de las unidades familiares que tenía lugar al final de la vida de los padres de familia era lo que se trataba de evitar mediante la salvaguarda del principio de libertad de testar⁴⁹.

5. LA TRADICIÓN JURÍDICA CATALANA EN MATERIA DE DERECHO DE SUCESIONES

En Cataluña, entre los ss. XI y XIV rigieron simultáneamente tres sistemas sucesorios al respecto del régimen de las legítimas: la tradición visigoda, por un lado, la tradición romana, por otro, y la solución catalana en tercer lugar.

La tradición visigoda era observada, sobre todo, en la parte de Cervera y de Tarragona; la romana en el resto de Cataluña. A finales del s. XIII, en 1283, Pedro II inauguraba la tradición catalana, confirmando, a súplica de los prohombres de la ciudad de Barcelona, los privilegios y costumbres de dicha ciudad, entre los cuales se encontraba aquel que afirmaba: *Item quod haereditas deffuncti dividatur in quindecim partes, et quod octo partes sunt legitima*⁵⁰.

En relación con la tradición visigoda, el nuevo criterio que se refrendaba como Derecho de Barcelona mantenía su misma proporción legitimaria, pero eliminando la obligatoriedad de la mejora y reconduciendo esa cuota del patrimonio familiar a la condición de *libre disposición*, con lo cual el testador adquiriría una mayor autoridad sobre sus bienes.

En esa misma línea de aumentar la libertad de testar se encontraría la Constitución aprobada por Alfonso II en las Cortes de Monblanch de 1333, que mandaba seguir la legislación romana (que, como se ha indicado, reducía la legítima a un tercio), en aquellos lugares donde se venía aplicando la tradición visigoda.

Esta medida sería el antecedente de la decisión de Pedro III quien, a petición de los concellers, los prohombres y la ciudad de Barcelona, modificó los privilegios del municipio en este punto, reduciendo la legítima a la cuarta parte de los bienes, sin contemplarse la posibilidad de mejora. Este será, en definitiva, el régimen catalán en esta materia, un régimen que se haría extensivo a todo

⁴⁹ En relación con lo mismo, cfr. Cándido Nocedal, «Pueden separarse la moral privada y la moral política? ¿Debe conservarse la actual legislación castellana en materia de sucesiones testamentarias, ó sería de desear que se extendiese á todo el Reino la libertad de testar? ¿Es más propio para la conservación de las familias, para su moralización y bienestar, la viudedad de los cónyuges aragoneses, ó la institución castellana de los bienes parafernales», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 29 (1866), p. 272.

⁵⁰ VIVES Y CEBRIÁ: *Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña*, tomo II, Barcelona, 1862, p. 268. A pesar de que Jaime I promulga una Constitución en Cortes de Barcelona de 1231, que no permitía la alegación de «leyes romanas ó godas, derechos y decretales (...) en causas seculares», sabemos por Tomás MIERES: *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*, Barcelona, 1553, colación 5.^a, cap. XXVIII, núm. 8, que la alegación del Derecho godo se mantuvo en seis supuestos, entre los cuales se encontraban las legítimas hereditarias.

el Principado mediante la Constitución aprobada por Felipe II en Cortes de Monzón de 1585⁵¹.

Este régimen jurídico tendría, además, otras características: en primer lugar, el padre podía instituir heredero a cualquiera de sus hijos, o, incluso, a un extraño, siempre y cuando respetara la legítima de un cuarto de los bienes correspondiente a su descendencia. De hecho, era plenamente libre para disponer de las tres cuartas partes del patrimonio familiar tanto *inter vivos*, como *mortis causa*⁵².

En coherencia con ello, y en segundo lugar, la legítima podía transmitirse por mero título de legado, o de cualquier otro modo, no siendo necesario que los hijos fueran herederos⁵³. Además, y en tercer lugar, el heredero podía escoger entre hacer efectiva la legítima tanto en dinero, como en patrimonio inmobiliario⁵⁴.

En cuarto lugar, se permitía a los padres prohibir la detracción de la cuarta trebeliánica a los herederos en primer lugar instituidos, pero se les exigía la declaración expresa de la prohibición⁵⁵.

En último lugar, en vida del padre los hijos no tenían ningún cauce jurídico para exigir su legítima, ni ésta podía ser embargada o ejecutada de ninguna manera, ni judicial ni de ninguna otra forma, por causa de actos civiles o criminales llevados a cabo por el hijo⁵⁶.

5.1 El hereu

Con anterioridad, hemos explicado por qué el principio de libertad de testar estaba en relación con un concepto de familia patriarcal que se quería mantener, una idea de familia que se perpetuaba mediante la sustitución del *pater* en la persona del heredero.

Para ello eran necesarias, en todo caso, dos circunstancias. En primer lugar, un régimen de legítimas muy ligero, que dejara liberado el grueso del patrimonio familiar para el ejercicio libre de testar (régimen que acabamos de ver cómo se construye en Cataluña). Y, en segundo lugar, una definición legal de heredero, de aquel que estaba llamado a mantener y continuar la estructura familiar del causante. Es aquí donde encuentra su sentido la figura del *hereu*.

«El primer principi fonamental que informa la successió testamentària de Catalunya, segons la legislació romana, que és la nostra, és el de la necessitat de la institució d'hereu. Sense institució d'hereu a Catalunya, salvant lo que

⁵¹ CYADC-1704, I, VI, 4, 2.^a Aquí utilizaremos la edición de las *Constitutions y Altres Drets de Catalunya, Compilats en virtut del capítol de Cort LXXXII, de las Corts per la S. C. y R. Majestat del rey Don Philip IV, Nostre Senyor celebradas en la ciutat de Barcelona, Any MDC-CII*, publicada en Barcelona en 1973. Citaremos mediante las siglas CYADC, señalando primero el año de edición, para distinguir esta Recopilación de las dos anteriores, y después el volumen, y seguidamente la indicación del libro, título y constitución de que se trate.

⁵² CYADC-1704, I, VI, 3, 1.^a; lib. VI, tit. 5.

⁵³ CYADC-1704, I, VI, 2, 2.^a

⁵⁴ CYADC-1704, I, VI, 5, 2.^a

⁵⁵ CYADC-1704, I, VI, 6, 1.^a

⁵⁶ CYADC-1704, I, IV, 18, 1.^a

veurem després respecte de les legislacions locals de Barcelona i de Tortosa, no hi ha testament, i, per tant, no hi pot haver successió testamentària.»

El principio lo afirmaba Joan Martí i Miralles, uno de los mejores juristas catalanes de la primera mitad del s. XX (quien fuera, entre otras cosas, miembro de la Comisión encargada de preparar la Codificación del Derecho civil catalán)⁵⁷.

La institución de heredero «junt amb el concepte de la universalitat de la successió de l'hereu, són, podriem dirne, els conceptes bàsics de tota la estructura successòria romana» y, por lo mismo, de Cataluña⁵⁸. Consecuencia lógica de estos dos principios sería el de incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada en el Derecho catalán de sucesiones⁵⁹.

No obstante, si acudimos a las *Constitutions y Altres Drets de Catalunya* no hallamos ninguna norma legal que exigiera o que regulara la institución del heredero. Aunque ello no quiere decir que no tuviera la norma absoluta vigencia; todo lo contrario: durante la Edad Moderna, en Cataluña los testamentos que no contenían la institución justificaban su validez haciendo referencia a algún privilegio local que les permitía testar sin instituir heredero⁶⁰, dando por entendida la vigencia de esta norma general.

El régimen jurídico de la institución de heredero en Cataluña procedía directamente del Derecho Romano y se había incorporado al Derecho catalán a través de la Recepción.

Los formularios notariales de la Edad Moderna dan cuenta de su vigencia; un buen ejemplo podría ser la obra realizada en 1694 por José Comes, *Viridarium artis notariatus sive tabelliorum viretum*⁶¹, que durante muchos años se constituiría como el único manual elemental de estudio de las instituciones catalanas⁶².

La doctrina catalana moderna recogerá bien claramente esta tradición. Pongamos, por ejemplo, la obra de Cáncer:

«*Observare etiam oportet, quod ad hoc ut praedicta conseruentur (...) est necesse, quod in testamento sit aliquis haeres institutus: nam si in testamento nulla est institutio, nihil scriptum valet.*»⁶³

⁵⁷ Joan MARTÍ I MIRALLES: *Principis del Dret Successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia*, Barcelona, 1925, p. 12.

⁵⁸ *Digesto*, XXVIII, V, 1-3 y 9-12.

⁵⁹ MARTÍ I MIRALLES: *Principis del Dret Successori*, pp. 28-36.

⁶⁰ Este sería el caso del testamento sacramental, propio de la ciudad de Barcelona, privilegio que se concedió más tarde a la ciudad de Girona; en las *costums* de Tortosa se permitía testar sin instituir heredero: costum 2.^a Rub. VI, «de ordinació de testaments» Lb. VI.

⁶¹ Se publica en dos volúmenes en Girona, en 1704 y 1706.

⁶² Gillem M.^a DE BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, Barcelona, 1918 (edición facsímil en la Colección Textos Jurídicos Catalans, Barcelona, 1985), p. 423.

⁶³ I. CÁNCER: *Variarum resolutionum Iuris Caesarei, Pontificij & Municipalis Principatus Cathalauniae*, Barcelona, 1670, Pars Prima, capítulo IV, fragmento 55, p. 87.

O las *Decisiones* de Fontanella:

«*Mortua vxore duo vidit testator deficere in suo testamento, unum haeredis institutio, quae est testamenti caput (...) testamenti enim perfectio et substantia ab institutione haeredis pendet.*»⁶⁴

Y desde allí arraigaría con absoluta nitidez en el Derecho catalán contemporáneo. Ello puede contrastarse, fácilmente, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en donde podemos encontrar reconocido el principio de necesidad de la institución de heredero, sin el cual los testamentos son considerados nulos⁶⁵; la libertad en su designación que tienen los causantes⁶⁶; los principios acerca de la forma y determinación de la institución de heredero⁶⁷; o el refrendo de su carácter universal⁶⁸.

La diferencia con la tradición castellana sería evidente. El testamento en Cataluña debía resolver, necesariamente, la totalidad de las cuestiones de las que era responsable el causante, *en ese sentido, cabría decir que se estimulaba a los individuos a tomar decisiones en relación con el conjunto de su mundo familiar, esto es, el conjunto de derechos y obligaciones personales y patrimoniales que se habían ido articulando en torno a su patrimonio*⁶⁹.

La tradición castellana, por el contrario, no imponía la necesidad de esa decisión al testador, dado que no exigía la institución de heredero universal, haciendo, por lo mismo, compatible la sucesión testada y la intestada⁷⁰.

La imposición de esa responsabilidad que el Derecho catalán hacía recaer sobre el testador exigía, lógicamente, dotarlo de un alto régimen de libertad en la toma de decisiones (en último término, la libertad de testar es el gran principio inspirador del Derecho catalán de sucesiones), lo cual era coherente con un régimen de legítimas más laxo que el castellano.

En el fondo, en esto consistía la gran diferencia entre la tradición catalana y la que proponía el Código civil. El orden jurídico catalán confería al testamento una importancia enorme, imponiendo al causante la necesidad de responsabilizarse por el conjunto de sus relaciones jurídicas después de su muerte. El orden jurídico que proponía el Código permitía emplear el testamento para meras liberalidades, sin exigir del testador una toma plena de conciencia en relación con su posición en el mundo y el futuro, dado que hacía compatible la sucesión testada y la intestada.

⁶⁴ I. P. FONTANELLA: *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, 2 vols., 1668, II, dec. L, núm. 7 y 8.

⁶⁵ STS, 7 de octubre de 1890.

⁶⁶ STS, 18 de noviembre de 1872.

⁶⁷ STS, 18 de junio de 1857.

⁶⁸ STS, 7 de abril de 1864.

⁶⁹ La Escuela jurídica de Cervera aportará a la institución del heredero algún trabajo de altísimo mérito desde el humanismo jurídico: JOSÉ FINESTRES I DE MONTALVO: *Prelectiones cervarienses, sive commentarii academici ad titulum Pandectarum de liberis et postumis, cui subjurgitur diatriba De postumis heredibus instituendis vel exheredantis, et ad titulum De acquirenda vel omittenda hereditate*, Cervera, 1750.

⁷⁰ Cfr. artículo 764 del Código de 1889, ó 627 del Proyecto de 1851.

5.2 El Derecho de sucesiones catalán convencional

La clase jurídica y política catalana defenderá su tradicional libertad de testar, manteniendo que ello suponía, esencialmente, *defender el Derecho de su sociedad a asumir la responsabilidad de su futuro desde sí misma*, al margen de los dictados legislativos del poder político. En relación con ello, se desarrolló en Cataluña un Derecho sucesorio de carácter *convencional* en torno a la institución de los *heredamientos*.

Los heredamientos eran capitulaciones matrimoniales que incluían la transmisión *mortis causa* del patrimonio familiar⁷¹. Frente al testamento, que en cualquier momento podía ser modificado por el testador, los heredamientos no podían deshacerse por la mera voluntad de quien lo otorgó, sino que exigían el concierto de las dos partes que lo habían capitulado (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1858), debiendo, en todo caso, respetarse la legítima testamentaria (en Cataluña un cuarto del patrimonio del causante) para, en su caso, poder testar (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1859).

Unas legítimas (las del Proyecto de 1851), que vinculaban a los herederos forzosos las cuatro quintas partes del patrimonio familiar, amenazaban con impedir esta arraigadísima costumbre catalana que, en la práctica, servía para perpetuar la unidad familiar en torno al *hereu*.

Esta costumbre hacía del Derecho sucesorio catalán un Derecho *convencional*, un Derecho entendido como producto de acuerdos asumidos en libertad no tanto por individuos, *sino por el órgano familiar*, dado que era ésa la unidad que se pretendía proteger y la que estaba, representada por el *paterfamilias*, en posición de tomar las decisiones.

Esta práctica constituía una excepción al principio de Derecho Romano *nulla est hereditas viventis*⁷², un *pactum de succedendo* que el Derecho Romano prohibía expresamente. Resulta evidente que la institución del heredamiento atentaba contra el principio romano de la libertad de testar, dado que una vez perfeccionado impedía a cada uno de los otorgantes disponer libremente de sus bienes *mortis causa* sin el consentimiento del otro.

Y no será la única institución que se origine en el Derecho catalán de familia de la Edad Media desde principios distintos o, incluso, contrarios al *ius commune*, dado que el Derecho privado catalán que se construye en aquellas centurias, si recurre habitualmente al Derecho Romano fue por la enorme calidad técnica y de respuesta de éste, no por existir una tendencia irracional o irrefrenable hacia la Recepción. La misma fuerza de la sociedad catalana que será capaz de desplazar el *Liber iudiciorum* e imponer unos *usatges* propios y más adecuados a sus estructuras sociales, desplazará al Derecho Romano cuan-

⁷¹ J. DE MORAGAS DE TAVERN: *L'Hereu*, Barcelona, 1888, pp. 54 ss. La práctica proviene de los propios *Usatges*. Cfr. *Usatge* 76, que autoriza el heredamiento a favor del hijo que contrae matrimonio, o el 79, que autoriza el heredamiento otorgado por el hijo a favor del hijo que, a su vez, tendría.

⁷² *Digesto*, 18, 4, 1; 29, 2, 27

do, como en el caso de la institución de los heredamientos o del usufructo de viudedad, su estructura social familiar así lo exija⁷³.

Se observa ello claramente si atendemos al más remoto origen de esta práctica en Cataluña, que se encuentra reflejada legalmente en los *Usatges*. Brocà señala el *usatge* «Auctoritate et rogatu»⁷⁴ como precedente originario del heredamiento. En el texto se da cuenta de ser ésta una práctica habitual, entendiéndola como una «donación» («a qui o donara»), por la que se transmitía en vida a hijos o nietos «son castel o sa honor o alguna possessio». Pero se establece también el principio de irrevocabilidad de estos acuerdos, dado que solían hacerse, en muchos casos, *mortis causa* y quedaría abierta la posibilidad de su modificación en el testamento del causante. No obstante eso, el *usatge* dejaría claro que «d'aquí enant la sua volentat mudar no prà, si aquella donació sirà dreturera, ho nulla raó non o enbargue».

Y algo más, en relación con el Derecho visigodo contenido en el *Liber* y las legítimas en él dispuestas, se consideran estas «donaciones» hechas en vida como «mejora», esto es, pertenecientes a la parte de la legítima con la que podía el padre «mejorar» libremente a cualquiera de sus hijos: «en aquesta orde pusque lo pare o l'avi milorar son fil o sa fila, son net ho sa neta»⁷⁵.

Será durante el s. XIII cuando comience a aparecer la denominación *heredamientos*, para designar esta costumbre. El nombre tendrá que ver con la circunstancia de ser, éstas, unas transmisiones patrimoniales que normalmente se llevaban a cabo por *herencia*, y que transmitían la *heredad* familiar.

En esta época, la *heredad* en cuestión excedía, la mayoría de las veces, la cuota de la «mejora». Pero eso entonces carecía ya de importancia, dado que el Derecho visigodo había sido desplazado en el mundo feudal por unos *usatges* que pretendían establecer un sistema sucesorio que mantuviera el conjunto del patrimonio familiar vinculado a la primogenitura.

También favorecerá a la consolidación de esta institución, paradójicamente, la creciente Recepción del Derecho Romano que se vive en Cataluña durante el s. XIII, y ello a pesar de los problemas de encaje que los heredamientos ocasionaban dentro del ordenamiento del *ius commune*.

La razón de ello estribaría en que esta donación *mortis causa* con cargo a la mejora se verá alterada en su configuración legal, en la medida en que el derecho sucesorio visigodo vaya siendo desplazado por un Derecho Romano

⁷³ El carácter indígena de los heredamientos, al margen de influencias procedentes del Derecho Romano o de Derechos germánicos, lo defiende Francisco GAS: «Pactos sucesorios», *Revista Jurídica de Cataluña* (1953), pp. 314-323.

⁷⁴ Guillem M.^a DE BROCÀ: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil*, p. 699.

⁷⁵ *Usatges de Barcelona. El Codi a mitjan segle XII. Establiment del text llatí i edició de la versió catalana del manuscrit del segle XIII de l'Arxiu de la Corona d'Aragó de Barcelona*, Barcelona, 1984, pp. 150-153.

La relación entre los heredamientos y la mejora la trae por primera vez Jesús LALINDE ABA-DÍA: «La problemática histórica del heredamiento», *Anuario de Historia del Derecho Español*, (1961), pp. 208 ss.

que aportaría una legítima reducida y un amplio margen de libre disposición ya no limitado al margen del tercio de mejora. En la medida en que esto vaya siendo así, estas donaciones a las que hacía referencia el *usatge* «Auctoritate et rogatu», no cabrían ser interpretadas como «mejora», y deberían apoyarse en sí mismas, en su fuerza como tradición consolidada en los *Usatges*.

Al lado de esta práctica, otra costumbre (que, como la primera, también atentaba contra importantes principios del Derecho Romano), pasará a formar parte del núcleo originario de los heredamientos. Se trata de la costumbre de «mejorar» indirectamente a algún hijo o descendiente a través de la esposa, mediante el expediente de donarle a ésta unos bienes con carácter fiduciario, esto es, para que los transmitiera a uno o varios de los hijos presentes o futuros del matrimonio, a su elección. La costumbre atentaba, evidentiísimamente contra la prohibición romana de la donación entre cónyuges⁷⁶, pero se impondrá con el tiempo, pasando a constituir, con la anterior costumbre mencionada, los dos troncos originarios de la institución del heredamiento⁷⁷.

Durante los ss. XIII y XIV se observa en Cataluña una importante decadencia del Derecho visigodo, contrastable en múltiples documentos, empezando por la disposición inicial de los *Usatges*, «Cum dominus», o por la glosa de Jaume de Montjuich al *usatge* 81, «Iuditia curiae», en donde se afirma literalmente: «Como no se usan las leyes godas más que en pocos casos...». Pero en esta misma etapa, también el Derecho Romano queda proscrito por Jaume I.

Es en esta circunstancia histórica donde los heredamientos encuentran un acoplamiento fácil y sencillo al ordenamiento catalán, a pesar de los problemas que su encaje podía suscitar tanto en la tradición romana como visigoda. El caso es que sabemos por la documentación que publica Hinojosa, que en el s. XIV el heredamiento se equiparaba en Cataluña a la institución de heredero, afectando a todos los bienes presentes y futuros del otorgante⁷⁸, apareciendo mencionada la institución en Constituciones, así la «A foragitar fraus»⁷⁹, y en la consideración de juristas de la talla de Tomás Mieres que, en relación con la mencionada Constitución, consideraba nulo todo instrumento hecho en perjuicio de heredamiento, prohibiendo a los notarios su aceptación⁸⁰.

Los problemas para esta institución vendrán más tarde, cuando el Derecho común pase a ser definitivamente parte constitutiva del Derecho catalán⁸¹. Problemas graves que lo serán para los autores del *mos italicus* en Cataluña, dado que la propia Audiencia en la que desarrollarían su labor como juristas comen-

⁷⁶ *Digesto*, 24, 1, 1.

⁷⁷ Jesús LALINDE ABADÍA: «Los pactos matrimoniales catalanes (Esquema histórico)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIII (1963), p. 205.

⁷⁸ Eduardo DE HINOJOSA Y NAVEROS: *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Madrid, 1905, pp. 153 y 154.

⁷⁹ CYADC-1704, I, lib. IV, tit. 30.

⁸⁰ Tomás MIERES: *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cataloniae*, Barcelona, 1621, p. 330, colación 6.ª, núm. 1, 10 y 11.

⁸¹ Martín I, Cortes de Barcelona de 1409, cap. 9, y Felipe III, en Cortes de Barcelona de 1599, cap. 40. CYADC-1704, I, I, 38, 2.ª, y I, 30, 1.ª, respectivamente.

zaría a plantear dificultades a las instituciones que no se adaptaran cómodamente al ordenamiento jurídico romano. Fontanella sería un ejemplo claro de esta circunstancia⁸².

La fórmula propuesta por los juristas catalanes del *mos italicus* para adecuar la tradición de los heredamientos al Derecho Romano será la siguiente: afirmar que los heredamientos no constituían un pacto sucesorio, sino una donación⁸³. En consecuencia de ello, la Audiencia de Cataluña exigiría al otorgante que se reservara una parte de sus bienes para testar⁸⁴. Con ello, se superaba la primera dificultad de encaje entre los heredamientos y la estructura del *ius commune*. Pero ahora quedaba el problema de cómo lograr que esta institución se mostrara coherente con el dibujo romano de la donación.

Para comenzar, el Derecho Romano se oponía a la posibilidad de realizar donaciones generales de todos los bienes (desde la *lex Cincia*, 204 a. de C. se prohíben las donaciones que superen cierta medida), lo que, por cierto, había dejado un claro reflejo en los Derechos locales catalanes más romanizados⁸⁵.

Estas dificultades comenzarían a superarse reinterpretando la institución del heredamiento mediante las siguientes claves: el heredamiento sería una donación que sólo afectaría a los bienes presentes, nunca a los futuros⁸⁶, por lo cual podría considerarse que la *donatio hereditatis* no sería válida en el Derecho catalán⁸⁷, y ello hasta el extremo de que un heredamiento que expresamente incluyera los bienes futuros pasaría a ser considerado nulo⁸⁸.

Para el supuesto de que se pretendieran incorporar al heredamiento todos los bienes presentes y futuros del donante, se superaría el impedimento tradicional del Derecho Romano mediante el mismo expediente, antes referido, de realizar una reserva para testar, de manera que la universalidad prohibida ya no fuera tal. Sin esta reserva, el heredamiento se presumiría hecho al respecto exclusivo de los bienes presentes y no de los futuros, dado que no puede presumirse donado lo que no pertenece al donante en el momento de otorgarse la

⁸² El autor nos da referencia de Sentencias de la Real Audiencia de Cataluña, con noticias de los problemas que se planteaban al respecto. Así, da cuenta de que algún doctor, por ejemplo, votaba en contra de la admisión de un heredamiento por implicar una donación universal, prohibida por el Derecho Romano. Cfr. Juan Pedro FONTANELLA: *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus*, t. I, Genevae, 1752, cláusula IV, glosa IX, pars. IV, núm. 4.

⁸³ Juan DE SOCARRATS: *Comentariis super Consuetud. Feud. Principatus Cathaloniae*, Lugduni, 1551, p. 252: «hereditationis, sive donationis». Del mismo modo, FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláusula IV, glosa IX, pars. IV, núm. 46.

Cáncer afirma que estos «donatarios» en ningún caso pueden ser tenidos por herederos, y ello hasta el extremo de recomendar a estos «donantes» que, al margen del heredamiento, instituyan como herederos a sus donatarios. CÁNCER: *Variae Resolutiones Iuris Caesarei. Pontificii, & Municipalis Principatus Cathaloniae. Pars Prima*, Venecia, 1643, cap. VIII, núm. 68.

⁸⁴ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núm. 121. Si la reserva se hacía sobre un bien determinado, se plantearía su inalienabilidad. CÁNCER: *Variae Resolutiones Iuris*, cap. VIII, núms. 74 y 209.

⁸⁵ El Derecho castellano también recogería este principio en la Ley 69 de las de Toro.

⁸⁶ CÁNCER: *Variae Resolutiones*, cap. VIII, núm. 130.

⁸⁷ CÁNCER: *Variae Resolutiones*, cap. VIII, núm. 132.

⁸⁸ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núms. 12-14.

donación⁸⁹. Por el contrario, hecha la reserva para testar, y caso de otorgarse el heredamiento con la palabra «heredito» o «dono hereditatem», la presunción era la contraria: el heredamiento afectaría a todos los bienes presentes y futuros del otorgante⁹⁰.

Se trataba de una interpretación forzada, violenta incluso, en opinión del propio Fontanella⁹¹, pero una interpretación necesaria en la medida en que la Audiencia de Cataluña imponía unos criterios procedentes del *ius commune* que no permitían a las tradiciones del Derecho catalán expresarse con la libertad con que lo habían venido haciendo durante la Baja Edad Media.

En todo caso, la institución del heredamiento se vería muy afectada por estas dificultades de encaje con la tradición del *ius commune*, dado que su necesaria adaptación a las exigencias romanísticas de un Derecho catalán moderno dominado por los juristas del *mos italicus*, daría lugar a que se desdibujaran los perfiles de la institución, generándose confusión y, como consecuencia, numerosos procesos judiciales⁹². La conclusión final nos la expone Fontanella: *en su época la institución comenzaría a ser poco frecuente*⁹³.

5.3 El régimen catalán contemporáneo de la sucesión convencional

A pesar de la crisis de los heredamientos durante la Edad Moderna, la institución sería recuperada desde comienzos de la etapa contemporánea, pasando a ser considerados, en opinión de Guillem M de Brocà, como «la institución jurídica más típica de Cataluña»⁹⁴. Parece evidente que es necesaria una reflexión sobre los porqués y la autenticidad de esta consideración y *el auge decimonónico de la práctica de los heredamientos*.

Lo cierto es que a través de este procedimiento, que superará sus orígenes feudales, generalizándose como sistema de sucesión *mortis causa* en la sociedad catalana, se podrá determinar a un hijo como heredero; el cual sería nombrado con ocasión de su matrimonio, o en previsión de él, reservándose el padre un usufructo vitalicio de todos sus bienes que solía comprender tanto su vida como la de su esposa. Normalmente, el heredamiento dejaba libre una parte del patrimonio familiar que permitía al padre de familia poder testar, favorecer a los demás hijos, o realizar cualquier otra disposición.

El *hereu* no formaría un nuevo hogar, sino que continuaría en la casa del padre, quedando determinado ya en vida de aquél que sería su continuador.

⁸⁹ *Digesto*, XXXIV, II, 7.º FONTANELLA: *De Pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa 9, pars. 4.ª, núms. 45, 94 y 123; glosa 21, pars. II, núms. 23, 25 y 26; cláusula V, glosa 10, parte I, núm. 25; cláusula VII, glosa 2, parte I, núm. 44; CÁNCER: *Variae Resolutionis*, Parte I, cap. VIII, núm. 130; parte III, cap. VII, núm. 389.

⁹⁰ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. III, núm. 123.

⁹¹ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núms. 39-43.

⁹² Noticia de ello, en FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núm. 1.

⁹³ FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa IX, pars. IV, núm. 1.

⁹⁴ BROCÀ: *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 699.

Toda la familia trabajaría, por lo tanto, para el único y común hogar que a todos daría su protección, y que perpetuaría la familia.

Este potencial del heredamiento es el que explicaría su nueva emergencia desde el s. XVIII, y durante la primera centuria de la Edad Contemporánea.

A lo largo de la Baja Edad Media se desarrolla en Cataluña la costumbre de establecer, en los pactos matrimoniales, todo un «orden normativo y, en cierta manera, programático»⁹⁵ que con base en los heredamientos organizaba todos los aspectos patrimoniales de la familia. De esta manera se designa al hereu, el cual queda comprometido (a través de la propia donación «*mortis causa*»), a un conjunto de obligaciones patrimoniales en relación, por ejemplo, con la dote de sus hermanas, con deberes financieros para con sus hermanos para que puedan constituir sus propias familias⁹⁶, o con la obligación de heredar a sus propios hijos⁹⁷.

De esta forma los heredamientos, desprovistos de su entorno estamental y vincular propio del Antiguo Régimen (y a pesar de la crisis por la que atravesarán como institución durante la Edad Moderna), encuentran un nuevo sentido jurídico en la contemporaneidad. En esta etapa, pasan a constituir, desde la estructura tradicional de los *pactos matrimoniales*, un sistema contractual y, por lo tanto, *liberal* de organizar patrimonialmente la unidad familiar con toda su plenitud y a lo largo del tiempo. Por ello, para el catalanismo, los heredamientos serán la herramienta jurídica mediante la cual sea posible adaptar al orden contemporáneo la familia tradicional catalana⁹⁸.

Se entiende así que a partir del s. XVIII esta institución empezara a adquirir en Cataluña una importancia renovada, dado que resultaba muy adecuada para un orden en plena transición a la modernidad: constituía una evidente manifestación, o bien de la libertad contractual, o bien de la libertad de testar, unas libertades que no dejaban de ser manifestaciones de un Derecho de propiedad que ya comenzaba a situarse en el centro del sistema jurídico.

El papel de los juristas de la Universidad de Cervera será, en este sentido, determinante, desde la divulgación y difusión más elemental de los conceptos readaptados a las nuevas necesidades⁹⁹, o desde la más rigurosa reelaboración académica de las categorías jurídicas¹⁰⁰.

⁹⁵ LALINDE: «*Los pactos matrimoniales catalanes*», p. 223.

⁹⁶ Tanto esta dote femenina, como las donaciones debidas a los hermanos del hereu, podían ser incluídas en el heredamiento con cargo a los derechos legitimarios de sus beneficiarios, agotándose en ellas sus expectativas sucesorias.

⁹⁷ De la complejidad de las previsiones de los pactos matrimoniales da cuenta LALINDE, «*Los pactos matrimoniales catalanes*», pp. 221-246.

⁹⁸ Una reflexión sobre los principios jurídicos del catalanismo, su carácter anti-individualista y su teoría organicista que toma como base social la familia tradicional en torno a la figura y autoridad del padre de familia, puede confrontarse en mi trabajo, «La tradición jurídica catalana», *Anuario de Historia del Derecho Español*.

⁹⁹ Poncio CABANÁCH Y MALART: *Satisfacción a las preguntas del padre de familias deseoso de evitar los pleytos que suelen seguirse de algunas dudas sobre el heredamiento del testamento a favor de los hijos*, Barcelona, 1788.

¹⁰⁰ JOSÉ FINESTRES I DE MONTALVO: *Prelecciones cervarienses, sive commentarii academici ad titulum Pandectarum de liberis et postumis, cui subjungitur diatriba De postumis heredibus*

La designación del hereu, por otra parte, podía llevarse a cabo de forma variada: se podía establecer un heredamiento a favor del hijo que se casa; o bien a favor de un hijo indeterminado de los que hipotéticamente se vayan a tener, reservándose el derecho de determinación directa, o bien se podía delegar esta competencia en la esposa o en la persona de algún pariente, sobre todo en el caso de que, por cualquier causa, el causante muriera sin haber llevado a cabo ninguna designación. Adquirían aquí sentido, también, los heredamientos fiduciarios.

En relación con esta última institución, el Derecho catalán histórico desarrollaría otra fórmula convencional sucesoria, la del *heredero de confianza*, costumbre que, sancionada por el propio Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de diciembre de 1860), tomaba la fisonomía siguiente: caso de fallecer el padre de familia intestado, la esposa adquiría la función de dar a conocer y llevar a cabo en su día la voluntad del causante. Incluso fallecidos los dos cónyuges, podía convenirse que cumplieran esa función los familiares más cercanos. De esta manera, y sin faltar a los criterios y orientaciones que el padre de familia habría dado en su día, podían estos actualizarse y, de esta manera, garantizarse mejor sus objetivos.

El principio estaba claro: antes que los fríos criterios legales (sistema legitimario), debía aplicarse, siempre que fuera posible, la voluntad libre de cada familia, voluntad que estaba representada por el padre y que se expresaría, bien a través de su voluntad directamente manifestada en los pactos matrimoniales o testamento, o bien a través de aquellos que, por serle muy cercanos, conoceran sus criterios. *Era una clara manifestación de cómo el tradicionalismo catalán pretendía hacer residir los derechos y libertades del nuevo orden contemporáneo no tanto en el individuo, sino en un organismo social denominado familia, el cual se convertía en el eje de todo el sistema jurídico.*

Es lógico, en este sentido, que en época contemporánea se expresara la necesidad de que los heredamientos fueran otorgados en las capitulaciones matrimoniales¹⁰¹, tal y como exige la Compilación de 1960 (con excepción del estipulado a favor de los hijos habidos en el matrimonio); exigencia que no tiene ninguna raíz histórica, y que ahora se imponía como fórmula a través de la cual reforzar una familia que se pretendía consolidar como el núcleo social básico, la unidad titular de los derechos y libertades de un liberalismo tradicionalista catalán que, por organicista, antepone la estructura familiar al individuo.

Pero quedaba un importante aspecto por superar: las cuestiones puestas de manifiesto por la doctrina catalana moderna en relación con la institución, que terminaron por conducirla a una importante crisis jurisprudencial durante los ss. XVI y XVII, debían quedar resueltas ahora. *Ello era imprescindible para*

instituendis vel exheredantis, et ad titulum De acquirenda vel omittenda hereditate, Cervera, 1750; y *Prelectiones cervarienses, sive commentarii academici ad titulos pandectarum De inofficiose testamento ac De vulgari et pupillari substitutione*, Cervera, 1752.

¹⁰¹ STS, 27 de diciembre de 1899.

poder presentar los heredamientos como parte de una tradición jurídica catalana que había transcurrido sin fisuras hasta la contemporaneidad.

En primer lugar, y con ese objetivo, la doctrina jurídica catalana contemporánea comenzará por ignorar la existencia de la crisis que atravesara la institución durante la Edad Moderna¹⁰², afirmando que la tradición del heredamiento «conserva el carácter consuetudinario con que alboró en los tiempos de la Reconquista», constituyendo la crisis doctrinal de la institución durante los ss. XVI y XVII un intrascendente producto de las «manías» de los juristas catalanes de aquella época¹⁰³, «romanistas en exceso»¹⁰⁴, y relativizándose mucho las, ahora «hipotéticas», contradicciones que la institución podía tener con el Derecho Romano¹⁰⁵.

El catalanismo jurídico contemporáneo (la Escuela Jurídica Catalana), parte del mantenimiento de una concepción del heredamiento basada en su naturaleza híbrida entre la donación y la institución hereditaria¹⁰⁶. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto es muy abundante¹⁰⁷.

Desde este punto de partida, los heredamientos pasarán a ser *uno de los pactos nupciales típicos habidos en las familias catalanas*. En el bien entendido que los capítulos matrimoniales constituyen «una de las costumbres jurídicas que más contribuyen á dar fisonomía especial á las costumbres generales

¹⁰² FRANCISCO MASPONS I ANGLASELL, en su influyente trabajo titulado *Nostre Dret Familiar segons els autors clàssics y les Sentencies del Antich Suprem Tribunal de Catalunya*, Barcelona, 1907, ignora absolutamente las dificultades que los autores catalanes que continuamente cita ponen de manifiesto en sus obras, cuando pretenden encajar la institución del heredamiento en los moldes del Derecho Romano. Cfr. pp. 11-17. Del mismo modo, ANTONI M. BORRELL I SOLER en obra, *Dret civil vigent a Catalunya*, publicada por la Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat de Catalunya, tampoco hace referencia al asunto (cfr. vol. IV, publicado en Barcelona, 1923, pp.170-179); tampoco hacen referencia al asunto José Antonio ELÍAS y Esteban DE FERRATER: en su conocido *Manual de Derecho civil vigente en Cataluña, ó sea, Resumen ordenado de las disposiciones del derecho real posteriores al Decreto llamado de Nueva Planta y de las anteriores, así del Derecho municipal, como del canónico y romano aplicables á nuestras costumbres*, 2 vols., Barcelona, 1842.

¹⁰³ Ambas afirmaciones en BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 699.

¹⁰⁴ JOSÉ PELLA Y FORGAS: *El Código civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán Comparado con el Derecho Civil Español*, tomo III, Barcelona, 1918, p. 40.

¹⁰⁵ «Ahora bien, tratándose de una institución consuetudinaria, no podemos referirnos al Derecho Romano, por más de que se hallan indicios que permiten suponer que la sucesión por medio de pacto, prohibida por el antiguo derecho, era válida cuando se trataba de la sucesión de padres a hijos, y aun más que en la herencia se daba a los extraños por testamento y a los hijos por medio de pacto como resulta de una ley del Código (...). Por esto, con preferencia, deben estudiarse los comentaristas franceses y del norte de Italia, porque existiendo en estos países tal institución, ellos procuraron, en lo posible, amoldarla al Derecho Romano, por más que en éste se encontraban con dificultades insuperables como las de nulidad de los pactos sucesorios, la nulidad también de la donación de todos los bienes presentes y futuros». PELLA Y FORGAS: *El Código Civil de Cataluña*, tomo III, Barcelona, 1918, pp. 33 y 34.

¹⁰⁶ Siguiendo, en este supuesto, la tradición jurídica catalana moderna. Cfr. FONTANELLA: *Decisiones*, dec. 545.

¹⁰⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1872, 10 de enero 1873, 25 de febrero de 1882, 7 de mayo de 1896 y 3 de febrero de 1909.

de Cataluña». Más en concreto, en las capitulaciones matrimoniales se estipula «la posición futura de los padres, las aportaciones y recíprocas promesas de los esposos, la condición que se reserva a la viuda y a la madre, los derechos de los hijos que esperan, y aún a veces bien que en pura extralimitación, los de los hermanos del contrayente a quien se hace una donación universal. *Los capítulos matrimoniales son, en este sentido, la organización de los bienes familiares: son algo más que un contrato; son un régimen*»¹⁰⁸.

Uno de estos pactos son los denominados heredamientos, institución que tendrá como finalidad la organización y conservación del patrimonio familiar en el tiempo. En concreto, Durán i Bas destaca cuatro objetivos principales de la institución: primero, dotar de medios materiales a la nueva familia que forma el hijo; segundo, asociar al hijo a la obra de conservación y mejora del patrimonio conyugal; tercero, conservar la unidad del patrimonio familiar, y cuarto, «precaver a la prole que esperan tener los futuros consortes contra las asechanzas que, en caso de segundas nupcias de cualquiera de ellos, pueda emplear la persona que comparta con el sobreviviente el tálamo conyugal». Sumándose, habitualmente, el de proveer las necesidades del cónyuge viudo y el mantenimiento de su dignidad dentro de la familia a través del usufructo viudal¹⁰⁹.

Los problemas de encaje de la institución en relación con los moldes del Derecho Romano constituirán, ahora, cuestiones menores. Recordemos lo dicho al respecto de aquellos problemas en el anterior epígrafe:

En la Edad Moderna se cuestionaba la validez de un heredamiento que incluyese todos los bienes presentes y futuros del donante. Fontanella había partido del supuesto de que *donationem omnium bonorum presentium et futurorum, nullum est jus quod expresse prohibeat*¹¹⁰; del mismo modo, también mantuvo la afirmación de que esta donación a título de herencia de todos los bienes presentes y futuros, constituía una contravención del principio romano de no poderse transmitir la herencia mediante pacto o convención, por ser la libertad de testar un Derecho natural irrenunciable¹¹¹.

Haciendo un esfuerzo por encajar la institución del heredamiento en los moldes jurídico-romanos, la Audiencia de Cataluña y los juristas catalanes más relevantes de aquella época habían establecido el criterio de que si el heredamiento se otorgaba haciendo una reserva para testar, podía considerarse que no atentaba contra el principio romano de la libertad de testar, ni contra la prohibición de donación universal.

La situación será bien distinta en el s. XIX, pudiéndose afirmar que se produce un cambio de rumbo en la tradición jurídica al respecto de esta institución, de manera que se retoman sus perfiles más medievales.

¹⁰⁸ Manuel DURÁN I BAS: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, p. 47.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Cfr. FONTANELLA: *De Pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa 21, pars. 1.ª, núms. 10, 23 y 24.

¹¹¹ *Código*, II, IV, 34.ª; VIII, XXXIX, 4.ª; *Digesto*, XVII, II, F 52, núm. 9.

En recurso de casación que alegaba expresamente la doctrina de Joan Pere Fontanella, Lluís de Peguera e, incluso, el no tan lejano Vives i Cebrià, el Tribunal Supremo declara en Sentencia de 4 de mayo de 1859 que:

«la legislación vigente en Cataluña autoriza las donaciones entre vivos *sin más limitaciones que la de que no perjudiquen la legítima que el mismo derecho señala a los donadores, y que en aquel antiguo Principado es la cuarta parte de sus bienes*»¹¹².

Afirmando en relación con los autores alegados en la demanda que:

«las opiniones de los escritores que también se invocan en apoyo del recurso, sólo podrían calificarse como la doctrina de los Doctores de que habla la Constitución única, tit. 30, lib. 1.º de las de aquel Principado, cuando apareciese su uniformidad y la aplicación constante en los tribunales de aquel territorio».

La afirmación que se hace en el Tribunal Supremo en relación con la doctrina jurídica catalana deja bien claro que la jurisprudencia de la Audiencia de Barcelona había dejado de ser, al respecto de esta cuestión, la que había sido durante los ss. XVI y XVII, por lo que la alegación a los autores de esta etapa ya no tenía autoridad. Que había habido una ruptura en la tradición jurídica catalana en una cuestión tan central como ésta es algo, por consiguiente, indudable, hasta el extremo de ser indicado por el propio Tribunal Supremo a mediados del s. XIX.

En la medida en que se asume ser el heredamiento una institución hereditaria deberá matizarse su interpretación sobre la categoría de la *donatio omnium bonorum*, que, lógicamente, constituía un título singular de adquisición, y se considerará un título universal de adquirir (dado que puede incluir tanto los bienes presentes, sobre los que cabe singularizar, como los futuros sobre los que ello es imposible), convirtiendo al beneficiario no tanto en un donatario, sino en un *successor in omnium ius defuncti*¹¹³. En un primer momento, la única condición que se pediría para ello sería que el heredamiento contuviera una reserva para testar, si no sería considerado nulo¹¹⁴.

¹¹² En el mismo sentido, y al respecto de la autorización del Registro del instrumento público del heredamiento, cfr. la Resolución de 4 de febrero de 1917 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. (Transcrita en BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 706, nota 14). Esta misma Dirección General, ya en 1911, advertía al respecto de la exigencia de hacer una reserva para testar, que «no impone la necesidad de dicha reserva». Cfr. PELLA I FORGAS: *El Código Civil de Cataluña*, III, p. 59.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1896.

¹¹⁴ José Antonio ELÍAS y Esteban DE FERRATER: *Manual de Derecho civil vigente en Cataluña*, I, p. 291. BORRELL, *Dret civil vigent a Catalunya*, IV, p. 176. Guillem M.^a DE BROCA y Juan AMELL: *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente, o sea, exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado...* Barcelona, 1882, II, p. 202.

No obstante, esta condición pronto sería considerada innecesaria, tanto por la doctrina catalana, como por su propia jurisprudencia¹¹⁵. Con palabras de Pella i Forgas: «Afortunadamente, la opinión de no ser necesaria la reserva para testar va abriéndose paso, apartando la vieja rutina que quería apoyarse en leyes romanas referentes a la nulidad de los pactos sucesorios, y aun en la costumbre catalana»¹¹⁶. El criterio que se va a imponer será el de no exigir ninguna reserva para testar, simplemente el heredamiento deberá hacerse sin perjuicio de la legítima correspondiente a los demás descendientes.

*Y ello por una razón: independientemente de que el heredamiento se construya sobre la categoría de la donación, sirve para instituir a un heredero que «sustituya» al padre de familia en el conjunto de obligaciones que tiene como tal, de forma que la familia se perpetúe en el tiempo*¹¹⁷.

Ello tiene una implicación evidente, la de que en el hipotético testamento que hiciera el donante en relación con la reserva de testar que pudiese contener el heredamiento, no se podrá instituir un heredero universal que cumpla una función ya encomendada al donatario mediante el heredamiento. «El heredero particular, o sea en cosa cierta y determinada, cual es la reserva de los padres para testar, es un legatario»¹¹⁸.

Además de ello, los bienes comprendidos en el heredamiento se considerarán especialmente protegidos en relación con las cargas que podrían corresponderle al donatario de asumir éste, también, la condición de heredero. En concreto, el donatario que fuera instituido heredero no respondería, con cargo a la masa patrimonial del heredamiento, por ninguna deuda que el testador hubiere contraído en fecha posterior a la de constitución del heredamiento, simplemente con que aceptara la herencia a beneficio de inventario¹¹⁹.

Se llegaba, con ello, mucho más lejos que la doctrina moderna catalana, dado que si bien estos juristas mantenía igualmente esta afirmación, lo hacían en el sobrentendido de que constituía una necesidad del heredamiento ser establecido con reserva para testar, de manera que la masa de la herencia, una

¹¹⁵ El propio BROCA, que en sus *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente* se había pronunciado por la necesidad de la reserva, reconoce años después en su *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 705, que «la moderna jurisprudencia tiende a no considerar la reserva para testar como requisito para la validez del expresado heredamiento».

¹¹⁶ PELLA I FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, III, p. 59.

¹¹⁷ «... el heredero por heredamiento no es un simple donatario, sino un sucesor universal continuador de la personalidad de sus padres». PELLA I FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, III, p. 79. El autor, a pesar afirmar que, dado que el heredamiento es una institución consuetudinaria catalana y, por lo tanto, no le afectarían posibles contradicciones con la tradición del Derecho Romano, encuentra doctrina catalana de la Edad Moderna y jurisprudencia de la Audiencia de Cataluña del s. XVII para sustentar su opinión; en concreto, cita a TRISTANY, *Sacri supremi regii Senatus. Cathalonie decisiones*, Barcelona, 1688, dec. 60, en donde se declaraba que el donatario universal se encontraba en el lugar del heredero que podía, por lo tanto, ejercitar sus acciones. Ello habría quedado sancionado por el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de junio de 1899.

¹¹⁸ PELLA I FORGAS: *Código civil de Cataluña*, III, p. 84.

¹¹⁹ BROCA: *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 702.

cantidad menor, siempre estaría clara e indudablemente diferenciada del conjunto del patrimonio contenido en el heredamiento ¹²⁰.

Es evidente que la configuración contemporánea que se hace en Cataluña de esta institución pretende proteger la masa patrimonial vinculada a la familia, que está organizada por el conjunto de unos pactos nupciales y capítulos matrimoniales que constituyen la plasmación del ideal de libertad del tradicionalismo catalán, puesto que desde la autoridad que el mismo Derecho concede al padre de familia, podrá éste en las capitulaciones matrimoniales organizar, mediante el heredamiento, el conjunto del patrimonio familiar, asegurando la supervivencia de su familia más allá de su propia vida, y ello, precisamente, porque mediante esta institución la masa patrimonial familiar queda perfectamente protegida con relación a cualquier actividad dañina o gravosa que contra ella pudiera llevarse a cabo con posterioridad a los pactos nupciales ¹²¹.

Este es el nuevo perfil que se pretende dar a la institución en época contemporánea. DURÁN I BAS constituye el mejor ejemplo de ello:

«Si el padre donador, no habiendo hecho el heredamiento con esta reserva, enagena los bienes en él comprendidos, pueden los hijos instar la revocación de estas enagenaciones, así como pueden oponerse, en las ejecuciones contra el padre, al embargo de dichos bienes, a no ser por deudas contraídas antes de la otorgación del heredamiento; y aún pueden hacer la oposición a ellas, si no constan en el Registro de la Propiedad. *No parece ser de esta opinión Fontanella; pero de él disintimos, porque la donación entre vivos, cuando es pura, transmite desde luego el dominio de los bienes, aunque el donador se reserve el usufructo. Sin la reserva de gravar no pueden imponerse, hecho el heredamiento, sustituciones, hipotecas, etc.»* ¹²²

Todo ello podría implicar una rígida «vinculación» de los bienes comprendidos en el heredamiento que hubiera perjudicado al mercado inmobiliario catalán en un momento en el que, a mediados del s. XIX, lo que se pretendía no era otra cosa que liberalizarlo. La solución que se adopta al respecto desde la Escuela Jurídica Catalana sería la siguiente:

En contra de la tradición jurídica catalana, se establecerá ahora que en el heredamiento simple o absoluto, cuando no se establezca expresamente la universalidad del mismo, se deberá entender que sólo atañe a los bienes presentes, quedando los futuros del causante a su entera libre disposición ¹²³. Con palabras

¹²⁰ CÁNCER: *Variae Resolutionis*, Parte 3, cap. 2, núms. 171 ss. FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, cláus. IV, glosa 5, núm. 56.

¹²¹ Tal y como establece la Constitución 1.ª, tit. IX, lib. VIII de las de Cataluña, o una abundante jurisprudencia: Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1865, 26 de diciembre de 1876, 22 de junio de 1886.

¹²² DURÁN I BAS: *Memoria*, p. 98.

¹²³ Tal y como afirmamos más arriba, Fontanella considera que si no se estipula expresamente lo contrario y se hace reserva para testar, el heredamiento incluye los bienes presentes y futuros. Cfr. *De pactis nuptialibus*, cl. IV, gl. IX, par. IV, núms. 39 y 42. El planteamiento contemporáneo en DURÁN I BAS: *Memoria*, p. 100.

de Borrell: «Quan un heretament no concreta els béns que comprèn, s'entén limitat als presents, únics que té el donador»¹²⁴. La presunción adquiriría importancia, en la medida en que el derecho catalán contemporáneo superara la exigencia de la reserva para testar, dado que ésta constituía un indicio evidente de que el heredamiento incluía bienes presentes y futuros¹²⁵.

Para el caso de que se otorgara el heredamiento en relación con todos los bienes del causante, presentes y futuros, se dirá que «se entienden comprendidos en él así los bienes existentes como los que se adquieran, mas con una importante diferencia. Los presentes pasan desde luego al dominio del donatario; pero por futuros no se entienden sino los que, adquiridos con posterioridad al heredamiento, subsisten al tiempo del fallecimiento del que lo hizo, que es lo mismo que decir que el donador puede disponer libremente de ellos por acto inter vivos hasta el preciso instante de su muerte»¹²⁶.

6. PARADOJAS DE UN CONFLICTO

Ya hemos hecho alusión a la idea de que la libertad de testar, unida a la institución del heredero y al principio de universalidad de la sucesión, daba lugar a un concepto de familia entendida como unidad social básica y permanente, sobre la base de que el heredero *sustituía* al anterior padre de familia en el conjunto de sus relaciones jurídicas, lo sustituía en su posición en el mundo.

A mediados del s. XIX, la libertad de testar se defendía pensando que era el cauce a través del cual los padres de familia podían asegurar la permanencia del orden patrimonial y espiritual familiar más allá de su propia vida, dando lugar a un concepto de familia capaz de garantizar la conservación de los valores y las estructuras económicas y sociales tradicionales en el tiempo.

Frente a ello, el modelo propuesto por el Proyecto de Código de 1851 derribaba el conjunto de la arquitectura del Derecho sucesorio de Cataluña, dado que conducía necesariamente a un *reparto* entre los herederos forzosos de los bienes familiares; un reparto que, como ya hemos dicho con anterioridad, se interpretaba desde la sensibilidad catalana como un proceso de *liquidación* familiar.

«En vano buscarán los que no estén avezados a nuestros hábitos, en la generalidad de los casos, esa invasión de curiales para inventariar, valorar y repartir el pobre y rico haber; en vano esas tristísimas, para nosotros impías, almonedas.»¹²⁷

¹²⁴ BORRELL: *Dret civil vigent a Catalunya*, IV, p. 176.

¹²⁵ «l'heretament que conté reserva per testar s'entén donació d'herència, és a dir, que comprèn els béns presents i futurs o, almenys, els que després adquireixi el donador, car, altrament, la tal reserva no tindria raó d'ésser.» BORRELL: *Dret civil vigent a Catalunya*, IV, p. 176.

¹²⁶ DURÁN I BAS: *Memoria*, p. 100.

¹²⁷ MORA GÁS: *L'Hereu*, p. 9.

El propio Florencio García-Goyena reconocía las ventajas de este Derecho sucesorio convencional de Cataluña:

«Convendría tener a la vista cualesquiera contratos matrimoniales de los que allí se otorgan: ellos son un verdadero pacto de alianza entre dos familias: se prevén todos los casos, se consultan todos los intereses de donadores, donatarios y de los hermanos de éstos: ningún casado muere allí intestado, pues se pacta que disponga de sus bienes el cónyuge sobreviviente, y a falta de ambos, dos parientes los más cercanos de parte de padre y madre. Así se estrechan los vínculos entre dos familias (...) y *se desconocen los autos de testamentarías, que forman en Castilla el patrimonio de los malos curiales sobre la ruina y discordia de las familias.*»¹²⁸.

Pero no obstante ello, los autores del Proyecto de 1851 tenían muy presente el riesgo de posibilitar el mantenimiento de vínculos y amortizaciones tradicionales. Dirá Florencio García-Goyena:

«Escusado es advertir que por la base no queda excluida la sustitución conocida en el derecho con el nombre de *vulgar*, para el caso de que el instituido en primer grado no quiera o no pueda ser heredero: en este caso no se verifica sino una primera transmisión de la propiedad.

Se trata sólo de las transmisiones sucesivas o sustituciones en grados ulteriores, y cuando el primer llamado entró en el dominio, posesión y goce de los bienes.

Por descontado las sustituciones perpetuas, conocidas con el nombre de fideicomisos y mayorazgos están abolidas y a la verdad no es este el tiempo en que pueda tratarse seriamente de renovarlas.»¹²⁹

Tomando como base la legislación desvinculadora de 1820, y en relación con las «instituciones perpetuas de esta especie», Florencio García-Goyena afirmaría que «la Sección va más lejos, pues pretende que se prohíban todos, aun los reducidos o que se limiten a un solo grado o generación». Los motivos serían evidentes: «además de los perjuicios económicos que esto acarrearía, en el entretanto, podrían por un medio indirecto hacerse perpetuos con solo renovarlos el último llamado»¹³⁰.

Y ese objetivo les haría combatir, sin pretenderlo expresamente, una propuesta foral como la catalana, la cual en ningún caso tenía como finalidad el mantenimiento de estructuras propias del Antiguo Régimen, sino proponer una fórmula propia de liberalismo, elaborada desde una concepción orgánica y tradicional de la sociedad.

No obstante y paradójicamente, al pasar el tiempo y culminarse definitivamente la transición al orden constitucional en España, la libertad de testar que se había mantenido en ciertos territorios del Estado, como Cataluña, podrá

¹²⁸ GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios*, tomo III, pp. 328 y 329.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 323 y 324.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 324.

desasirse de esa función tradicionalista, para pasar a cumplir una única función, la propia del principio de libertad de disposición en un régimen liberal democrático. De esta forma, llegaríamos a una curiosa paradoja, que destacarían Segismundo Moret y Luis Silvela, y es que siendo el resultado final del proceso histórico en España al final del s. XIX el de un Código con fuertes restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, conviviendo con unos derechos forales que mantenían el principio de libertad de testar, «con la legislación hoy subsistente en este punto en los cuatro territorios forales, han podido desarrollar quizás mejor que en Castilla las consecuencias del régimen liberal»¹³¹.

Nueva paradoja será también que en Cataluña, al tiempo que se mantenía frente al Código el principio de la libertad de testar, se conservara también un derecho sucesorio convencional que, evidentemente, en tanto daba lugar a pactos irrevocables, coartaba la libertad de hacer testamento.

En cualquier caso, tampoco este derecho sucesorio convencional catalán tendría acomodo en el Código Civil español. En su artículo 658 éste establecería que la sucesión *mortis causa* se debía articular, necesariamente, o mediante la ley o mediante el testamento, prohibiendo expresamente la donación de bienes futuros en su artículo 635 y la celebración de contratos sobre la futura herencia en su artículo 1271. El Código civil español, por lo tanto, abolía cualquier fórmula de sucesión convencional.

Desde Cataluña, la regulación del Código contra los heredamientos se interpretaría, de nuevo, como un atentado contra la libertad, esta vez la libertad de contratar¹³².

Esta defensa aparentemente contradictoria que se hace en Cataluña tanto del principio de libertad de testar como de la tradición jurídica de los heredamientos (bien particular expresión de la libertad de contratar), sólo se comprende si se parte de la base de que no se pretendía recabar libertades y derechos para ciudadanos, sino para el que se consideraba organismo básico de la sociedad en el proyecto liberal del catalanismo: la familia. Desde este punto de vista, no habría contradicción, sino una profunda coherencia en la oposición del catalanismo jurídico a un proceso codificador como el español, dado que, por un lado, prohibía la sucesión convencional y, por otro, limitaba la tradicional libertad de testar catalana a través de un régimen riguroso de legítimas.

JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS

¹³¹ Segismundo MORET Y LUIS SILVELA: *La familia foral y la familia castellana*, p. 177.

¹³² PELLA I FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, III, p. 48.

La célebre causa del crimen de Fuencarral. Proceso penal y opinión pública bajo la Restauración

«En ninguna parte se discute por la prensa, como se está discutiendo por la de Madrid, desde los primeros instantes del período de la instrucción secreta del proceso... la imputabilidad del delito [y] la participación en el mismo de tales ó cuales personas», se quejaba Manuel Fernández Martín desde las columnas de *El Imparcial* (Madrid, 10 de julio de 1888), escandalizado ante la atención dispensada por numerosos diarios al ya famosísimo «crimen de Fuencarral». Los sucesos acaecidos el 2 de julio en la finca núm. 109 de la calle madrileña de ese nombre habrían desatado un deleznable «mercantilismo periodístico», un dudoso negocio a costa del secreto sumarial que, por desgracia, la defectuosa regulación penal vigente apenas podía atajar. El autor protestaba su vieja militancia a favor de «la publicidad en materias de administración de justicia» pero los excesos de la prensa desde la comisión del horrendo delito le hacían clamar ahora por la adopción de «remedios muy enérgicos», temiendo el momento en que «llegará a ser punto menos que imposible... la administración de justicia» y, con ella, «la vida regular y tranquila» de los ciudadanos.

I. JUSTICIA Y PUBLICIDAD

Seguramente nadie hubiera dicho que un simple robo con homicidio se convirtiera en el gran escándalo judicial del siglo; que la muerte de doña Luciana Borcino cerca de la Glorieta de Bilbao fuese «uno de los crímenes más famosos de España, no tanto por el hecho en sí... sino por las repercusiones

que tuvo en la Prensa y en el público»¹. Y sin embargo, el estrépito causado por este *affaire Dreyfus* a la española –que no hemos olvidado por completo²– y su doble consideración jurídica y social explicaría la inclusión de la carta anterior de Fernández entre las páginas de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, conocidísimo «periódico jurídico» que venía a compartir a su modo –un modo más mesurado– la pasión desatada entre sus colegas «políticos». El texto reproducido servía a un A M L para confrontar los hechos que el público debatía con la comprometida averiguación judicial de circunstancias y culpables, en los términos de unas leyes –eran todavía recientes: ley provisional orgánica del Poder Judicial (1870), ley del Código Penal (1870), ley de Enjuiciamiento Criminal (1882)– situadas a mitad de camino entre el secreto (del sumario) y la publicidad (del juicio oral)³. El crimen de referencia, los crímenes en general parecían sucesos espectaculares y por eso atractivos para la opinión y los diarios; la justicia encontraba además en la oralidad e inmediatez de un proceso a la vista de todos, noticieros incluidos, la mejor salvaguarda de la presunción de inocencia. Los problemas surgían, empero, cuando la voracidad del periodista amenazase las actuaciones cautelosas del juzgado de instrucción: en tales supuestos, lo ideal sería que la publicidad de la audiencia judicial condicionara cualquier otra especie de *publicidad*.

Sin agotar la alucinante *crónica del crimen* en una más comedia *crónica de tribunales*, el de Fuencarral nos muestra perfectamente las tensiones con que se abrió paso en España el moderno enjuiciamiento criminal⁴. La muerte de Luciana Borcino, salvajemente apuñalada y achicharrada en la vivienda que

¹ Son recuerdos y palabras de Pío Baroja, *Desde la última vuelta del camino. Memorias. II: Familia, infancia y juventud*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1944, p. 189: «no tenía, ni mucho menos, la importancia del asunto Dreyfus; pero, como caso de psicología popular, era tan interesante como aquél o más».

² Además de Antonio LARA: *El crimen de la calle de Fuencarral*, Albia, Madrid, 1984, disponemos últimamente de Benito PÉREZ GALDÓS: *El crimen de la calle de Fuencarral...*, edición y prólogo de Rafael Reig, La Lengua de Trapo, Madrid, 2002, colección de crónicas (1888-1889) enviadas al diario *La Prensa* (Buenos Aires). El caso inspiró también el telefilme (50') de Angelino FONTS: *El crimen de la calle de Fuencarral*, Radio-Televisión Española (serie: *La huella del crimen*), Madrid, 1986 (varias proyecciones y reproducciones posteriores; desde 2003 –año de una última emisión– comercializado en DVD), con Carmen Maura, Antonio Medina, Luis Escobar y Francisco Nieva entre los protagonistas. Pero el guionista Carlos Pérez Marinero ha obviado demasiadas sutilezas jurídicas y, así, cuanto resultó en su día más escandaloso: pintoresca instrucción del sumario, corrupción en la cárcel-modelo, investigaciones periodísticas paralelas, interés inexplicable del presidente del Supremo, ejercicio por la prensa de la acción popular... Los avatares de la casación, con sonoras recusaciones incluidas, apenas son evocados en la película mediante la figura de Nicolás Salmerón (Eduardo McGregor), erróneamente presentado como defensor en el juicio oral.

³ A.M.L., «El secreto del sumario», en la mencionada *Revista...* [RGLJ] 73 (1888), pp. 72-84.

⁴ También constituye un auténtico «hito en la historia del periodismo español»: María Cruz SEOANE: *Historia del periodismo en España. 2. El siglo XIX* (1983), Alianza, Madrid, 1996, pp. 259 ss., sobre «El sensacionalismo»; cfr. Jesús Timoteo Álvarez, *Restauración y prensa de masas. Los engranajes de un sistema (1875-1883)*, Eunsá, Pamplona, 1981, p. 136. No hace falta advertir que del «hito» periodístico, convertido «de un simple suceso en un proceso al sistema penitenciario y a toda la administración de justicia» (Seoane), nos interesan aquí tales derivaciones.

compartía con su doméstica Higinia Balaguer, aireaba de nuevo una irresuelta polémica sobre informaciones libres e independencia de la justicia que había preocupado –al hilo de otras causas también célebres– a importantes plumas de la generación anterior⁵. La libertad de imprenta y la publicidad en los juicios serían, en palabras de Manuel Ortíz de Zúñiga, una autoridad doctrinal para dicha generación, dos grandes conquistas del siglo liberal, «acaso las más importantes de nuestro derecho público»⁶. Funcionalmente equilibradas en el Estado de derecho –la primera era la garantía del gobierno representativo, en tanto la segunda actuaba como «garantía... a favor de la inocencia y de la seguridad del individuo»– necesitaban, con todo, de «el saludable correctivo de una restricción moderada y conveniente»⁷; de hecho, en lo tocante a publicidad el autor se remitía a la ley de imprenta recientemente discutida en las Cortes, donde no faltaba la definición de ciertos delitos contra el orden judicial (los ejecutados mediante «impresos que inducen á no respetar la cosa juzgada... que con amenazas ó dicitérios tratan de coartar la libertad de los jueces... que dan publicidad á cualquiera de las actuaciones de una causa en sumario») entre las principales novedades⁸. Porque «la publicidad de los juicios» no era, no podía nunca ser «la publicidad de cuanto pasa dentro de los mismos juicios, del exámen de los hechos y circunstancias objeto de las indagaciones judiciales, y de la apreciación que cada cual intenta hacer á su modo, para deducir las consecuencias ciertas ó equivocadas que les plazca»; en el sentido técnico propuesto por Ortíz de Zúñiga la tal «publicidad» consistía más bien en unas pocas actuaciones garantistas (acusación comunicada al reo tras la instrucción del sumario, amplia libertad de defensa, tacha e interrogatorio cruzado de testigos en la fase de conocimiento plenario) que, a falta de código procesal, asegu-

⁵ Uso a continuación, para contraste con la polvareda de tinta y papel levantada por el crimen famoso (entre 1888 y 1929, nada menos), la principal literatura de los años 1860. A modo de eslabón temporal serviría Francisco PAREJA DE ALARCÓN: *La publicidad en la Administración de Justicia y el crimen y proceso de la calle de Fuencarral... Estudio imparcial*, Madrid, 1888, pues entiendo que este título –solamente lo conozco gracias a Manuel TORRES CAMPOS: *Bibliografía española contemporánea del derecho y la política... 1881 a 1896*, Fernando Fé, Madrid, 1897 (cfr. pp. 105 ss., de «Causas célebres»)– relanzó, en circunstancias oportunas, los artículos sobre «Publicidad en la Administración de Justicia» firmados por Pareja unos treinta años antes en la revista de su dirección: cfr. *El Faro Nacional. Revista de Jurisprudencia, de Administración, de Tribunales y de Instrucción Pública* 2 (1852), pp. 249-251, 257-260, 281-283, 289-292, 305-308, 441-444, 493-498.

⁶ Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA: «Publicidad de los asuntos judiciales», en *La Escuela del Derecho* 1 (1863), pp. 197-234. Otro de los clásicos que esperan estudio específico; en su defecto parece suficiente recordar que el andaluz ORTIZ DE ZÚÑIGA (1806-1874), subsecretario y ministro interino de Gracia y Justicia entre otros cargos oficiales, produjo textos usadísimos sobre administración municipal y derecho penal (sustantivo y adjetivo); su fama explica la notable difusión del artículo que leemos.

⁷ Cfr. PAREJA DE ALARCÓN cit. (n. 5), primera entrega de *El Faro Nacional*, pp. 257 ss, donde partía de una combinación más elegante y concreta de las dos libertades en potencial conflicto: si la administración de justicia era garantía de los derechos, la libertad de imprenta garantizaba a su vez una recta administración de justicia.

⁸ También el citado PAREJA DE ALARCÓN escribió al hilo de reformas en el régimen legal de la imprenta (real decreto de 2 de abril, 1852).

raba peor que mejor el vetusto (1835) reglamento provisional para la Administración de Justicia (cfr. art. 10, sobre el carácter público del juicio –en giro netamente inquisitivo– «desde la confesión»; también arts. 12 y 51 reglas 8.^a y 9.^a).

Del «correcto» principio de publicidad («en qué consiste la publicidad de los juicios», pp. 199 ss.) hasta el compromiso expreso con la dignidad del juez («exámen del proyecto de ley de imprenta respecto á los delitos de calumnia é injuria contra el órden judicial», pp. 226 ss.), Ortíz de Zúñiga efectuaba un cicatero recorrido por leyes vigentes («nuestra legislación restrictiva de la absoluta libertad de los juicios», pp. 208 ss.), análisis comparados («legislación de Francia e Inglaterra sobre esta materia», pp. 210 ss.) y directrices *de iure condendo* («exámen del nuevo proyecto de libertad de la imprenta, con relacion á los asuntos judiciales», pp. 219 ss.) resueltamente favorable a una concepción sacral de la magistratura y sus arcanos. Se diría que nuestro autor aceptaba una teoría del conocimiento que ensalza las virtudes de la *inquisitio* judicial, abraza claramente el método deductivo a partir de la prueba reina –la confesión– y niega así la posibilidad de determinar de otra forma la verdad de unos hechos criminales por parte de la opinión... con el auxilio necesario del periodista. Los delitos hay que investigarlos de oficio y en riguroso secreto. La hipótesis sobre la identidad del culpable surgida en la mente del instructor funciona como premisa que le guía constantemente en su trabajo, hasta madurar las conclusiones que llevan al auto de procesamiento. La audiencia será luego pública, conocerá de la causa la prensa y la sociedad, pero la defensa del reo debe esforzarse en destruir una verdad legal fabricada sigilosamente a partir de los indicios inculpatorios. Y en este delicado terreno el escritor judicial ha de conducirse con cuidado⁹: que el plenario sea oral, que el acusado conozca finalmente cuanto le importa de unas actuaciones realizadas a sus espaldas, no autoriza sin más a los periódicos a volcarse sobre un negocio, difundiendo hechos, pruebas y opiniones como mejor les parezca; semejante desvarío informativo causaría que «el público... ejerciese una ilegítima presión sobre los jueces», hasta lograr –en los casos peores– «poner en pugna á los sacerdotes de una institución augusta con un público tal vez apasionado, y quizá poco ilustrado y sensato». Al fin y al cabo, la continua mudanza de las leyes ¿no las convertía en objeto natural de debates, en tanto la permanencia de la cosa juzgada parecía impedir las críticas a la sentencia?¹⁰

⁹ Cfr. PAREJA DE ALARCÓN cit. (n. 5), p. 308: «el escritor debe ser cauto y prudente en la elección de las materias... pues no todas se prestan útilmente á la publicidad de la prensa: debe esponer con fidelidad, explicar con modestia, razonar sin presunción, censurar con templanza»; esto es, «procurando conciliar el respeto que se debe al procedimiento judicial con las consideraciones que piden la razón y la justicia ofendidas» (p. 495).

¹⁰ Así ORTIZ DE ZÚÑIGA cit. (n. 6), pp. 217-218. Contra tal opinión se pronunció de inmediato el magistrado (del Tribunal Supremo) JOAQUÍN MELCHOR Y PINAZO, «De la censura pública de la cosa juzgada por medio de la imprenta», en *La Escuela del Derecho* 1 (1863), pp. 293-317; cfr. p. 296: «lo que más aleja la arbitrariedad y ofrece más garantías a favor de la sociedad y de los mismos procesados, es la publicación y la censura impresas de las sentencias y el inexorable fallo de la opinión pública».

En otros términos, mientras resultaba tolerable la discusión de los fallos judiciales «en el terreno de la ciencia, siempre que... se sujete á las reglas y condiciones que pide la gravedad de las materias»¹¹, debía evitarse que la investigación oficiosa realizada por la prensa o sus consideraciones sobre la justicia terminaran por acusar a los tribunales ordinarios —«sin toga, sin alguaciles... sin más papel de oficio que la inmaculada blancura de la conciencia humana»— ante el terrible, nunca informado del todo *tribunal de la opinión*¹². Desde semejante perspectiva, la cuestión de la «publicidad» conducía derechamente a la pregunta por la responsabilidad penal de jueces y magistrados — otro reto jurídico por resolver, que también preocupaba a la prensa profesional de los primeros Sesenta¹³.

Veremos en un momento que las fórmulas originales del proceso penal codificado, sin avanzar demasiado hacia un control eficaz de la judicatura, consiguieron al menos engarzar aquellas dos, casi irreconciliables, especies de tribunales. Sin embargo no conviene abandonar aún las animadas discusiones sobre justicia y publicidad, pues se trató de un debate novedoso apenas entrevisto pocos años antes.

En efecto, la suerte de la prensa jurídica y los avatares corridos por los periódicos venían siendo parejos desde aquellos tiempos pioneros cuando letrados y políticos famosos —los Javier de Burgos, Pérez Hernández, Bravo

¹¹ PAREJA DE ALARCÓN cit. (n. 5), p. 441. También ORTIZ DE ZÚÑIGA cit. (n. 6), pp. 215 ss., de «Restricciones prudentes sobre la discusión de la cosa juzgada», admisible en el terreno científico, examinando la doctrina del fallo sin pasión ni ataques personales y con la reverencia debida al tribunal.

¹² No puedo entretenerme ahora en el denso recorrido de esta expresión metafórica; sobre su enunciación y funciones en la obra pionera de Jeremy Bentham, para quien se trataba de una «fictitious entity» que permitía la presencia y el control populares cerca de las instituciones constituidas, *vid.* ahora Oren BEN-DOR: *Constitutional Limits and the Public Sphere. A Critical Study of Bentham's Constitutionalism*, Hart Pub., Oxford/Portland (Or.), 2000, pp. 140 ss, 191 ss. Por supuesto, la difundida metáfora del periódico como tribunal de tribunales fue muy socorrida en relación al crimen de doña Luciana Borcino: cfr. «¿Quién está detrás?», en *El País*, 14 de julio, 1888, p. 1: «la opinión, con sus folios á la vista, se fijó en varias incidencias, hízose piezas separadas, instruyó solemnes aunque silenciosas diligencias, y señalará día para la vista... ¡Sin toga, sin alguaciles, sin manidas ceremonias chancillerescas y sin más papel de oficio que la inmaculada blancura de la conciencia humana...!». También, [Pedro Gutiérrez Salazar], *El crimen de la calle de Fuencarral. Extracto y juicio del proceso en forma de proyecto-sentencia con la carta del exdirector de la Cárcel Modelo, D. José Millán Astray, en que pide copia de lo publicado en «El País» por el Verdadero Estudiante*, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1888, donde la estructura y el estilo propios de una resolución judicial constituye el nervio retórico de un texto que utiliza noticias publicadas en los diarios.

¹³ Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA cit. (n. 6), p. 225; del mismo, «De la responsabilidad judicial», *I/2* (enero de 1863), 97-141, recogido además en RGLJ 25 (1864), 99-113 y 145-163 y *El Faro Nacional* 7 (1863), 269-272, 285-288, 300-302, 318-321, 350-353 y 366-369; *ibid.* 2 [6.ª época] (1864), 493-496, 501-504, 508-511, 518-520, 533-536, 550-552 y 565-568; también, Francisco PAREJA DE ALARCÓN: «Responsabilidad judicial», en *El Faro Nacional* 7 (1863), [9]-11, con atención al proyecto elevado a las Cortes. Me permito recordar que cuando salpicó al Senado el caso célebre que estudiamos un crítico conocido, el civilista madrileño Augusto Comas y Arqués, presentó en el Senado una iniciativa sobre la cuestión [cfr. «Responsabilidad judicial», en *El País* (Madrid), 11 de marzo de 1890, p. 1].

Murillo y tantos otros— competían en la fundación de revistas profesionales... pero también en la puesta en marcha de todo tipo de diarios. El afán periodístico resultaba, en relación con el ejercicio de la abogacía, la otra cara de la misma moneda, pues el «modelo ciceroniano» asumido por el abogado liberal, un auténtico *hombre público* que concedía con su elocuencia verbal valor y calor al texto muerto de las leyes, aproximaba la tranquila profesión forense a la actividad frenética del diarista: al menos, los periódicos eran el ágora donde resonaba la palabra de los nuevos tribunos. Así se explica el contenido marcadamente jurídico (con «crónica de tribunales» y «crónica parlamentaria», más los comentarios respectivos) de la prensa dicha «política», nunca demasiado apartada de las revistas especializadas: no sería en absoluto casual que un conocido jurista y escritor, el sevillano Joaquín Francisco Pacheco, se ocupara —antes que nadie— del periodismo como género literario propio de los tiempos modernos¹⁴.

Ahora bien, desde mediados de siglo la pacífica relación establecida entre la prensa diaria y la justicia parecía quebrarse de modo definitivo. Tal vez por el retraso lamentable de la reforma del enjuiciamiento criminal, patente con la codificación del civil en 1855; tal vez debido a la evolución propia de las empresas y los estilos periodísticos; en fin, tal vez porque nada podía seguir igual después de la experiencia vertiginosa del Bienio, lo cierto entonces era que «apenas se entabla un proceso cuando la prensa se apodera de él, lo discute quizá antes que los jueces, lanza su opinión y forma la opinión, tal vez consigue estraviarla y al producir este fenómeno social suele arrastrar tras sí también á los mismos juzgadores llevándolos á donde nunca hubieran ido»¹⁵. En este sentido, el interés creciente del periódico por la vida de los tribunales se veía hacia 1860 como un «suceso, nuevo en España»¹⁶, una situación desconocida en medio del pantano procesal vigente que, por fuerza, excitaba el celo de los especialistas.

La dura controversia doctrinal («funestas exageraciones», «contrapuestos sistemas», «intolerancia», «esclusivismo») sobre «publicidad de los asuntos judiciales» no fue fruto, por supuesto, de una mera ocurrencia aislada¹⁷. «Tres procesos célebres han registrado los anales jurídicos de España en el año que

¹⁴ Cfr. Carlos PETIT: *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad, Huelva, 2000. Para el discurso (de ingreso en la Real Academia Española) de PACHECO: *Sobre el periodismo en sus relaciones con la literatura* (1845), cfr. ahora ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ: «Lectura romántica de la Constitución de Inglaterra», en Andrea Romano (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tras la fine del "700 e la prima metà dell'800*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 325-374.

¹⁵ J. LÓPEZ SOMALO: «Sobre la inconveniencia de llevar á la prensa la discusión de los asuntos jurídicos», en *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 18 (1863), pp. [145]-147, p. 146.

¹⁶ VICENTE ROMERO Y GIRÓN: «Publicidad de los asuntos judiciales», en *La Escuela del Derecho* 1 (1863), pp. 331-346, p. 332, con referencia a un caso del que enseguida me ocupo.

¹⁷ FRANCISCO PAREJA DE ALARCÓN: «Opiniones exageradas y erróneas sobre la publicidad de los negocios judiciales», en *El Faro Nacional* 7 (1863), pp. [57]-59, p. 57.

acabó», advertían en 1863 las revistas jurídicas, «el asesinato de la calle de la Justa, la causa sobre detención ilegal de doña Juana Sagrera, el proceso de don Cláudio Fontanellas; y en todos ellos ha intervenido la prensa periódica prejuzgando cuestiones, inquiriendo hechos, emitiendo juicios... un peligro para la recta administración de justicia»¹⁸. Pero la reacción de los diarios, y con ella sus “peligros”, había sido en cada caso de índole muy diferente¹⁹.

La muerte de doña Carlota Pereira a manos de dos sicarios en el umbral de su casa madrileña, sita en la desaparecida calle de la Justa²⁰, a pesar de ciertos particulares pintorescos y de sospechas de favoritismo²¹ sobre todo alcanzó notoriedad por la circunstancia de «asistir dos abogados de alta nombradía», el mencionado Pacheco y el político valenciano Antonio Aparisi Guijarro, «á informar a favor del mismo acusado y por un mismo delito»²². La brillante intervención del fiscal, Ramón Gil Osorio, favoreció el lucimiento de ambos defensores y motivó además –para regocijo de público y periodistas– los contraataques dialécticos del elocuente Aparisi²³. Pero todo se desarrolló según los usos forenses y con el respeto debido a la santa magistratura: es instructivo comprobar que el recuerdo del famoso crimen sólo perduró entre las clases profesionales²⁴.

¹⁸ J. LÓPEZ SOMALO cit. (n. 15), p. 146.

¹⁹ Tal vez porque no corrió la sangre, el interés familiar en encerrar como loca a la pobre Juana Sagrera, con la consiguiente reclamación contra los peritos médicos, nos ha dejado menos literatura: cfr. José PERIS Y VALERO: *La frenopatía y la Academia de Medicina y Cirugía de Valencia, ó exámen científico de las soluciones dadas por aquella Corporación a las ocho cuestiones propuestas por el Juez de la causa formada sobre la supuesta detención ilegal de Doña Juana Sagrera, en el Manicomio de San Baudilio de Llobregat*, Carlos Bailly-Baillière, Madrid, 1862.

²⁰ Sobre el famoso asesinato, omnipresente en la prensa política (cfr. por ejemplo *El Pensamiento Español*, Madrid, 30 de septiembre y 1 de octubre de 1862, con transcripción del alegato forense de Pacheco) y en la jurídica (cfr. «Sección de Tribunales. Audiencia de Madrid, sala 2.ª Vista pública de la causa por el asesinato de la calle de la Justa», en *El Faro Nacional* 7 [1863], 365-368, correspondientes al n.º 419, jueves 2 de octubre, más números posteriores), disponemos ahora de Bernardo DÍAZ NOSTY: *El crimen de la calle de la Justa*, Albia, Madrid, 1983.

²¹ Fue finalmente absuelto Jerónimo Gener, marido de la víctima, condenado en primera instancia como instigador del delito; un fiel de González Bravo – a quien debía empleo en el gobierno civil de Almería (así como, probablemente, el patrocinio de conspicuos letrados). Durante el proceso surgió la cuestión del testimonio de una Francisca Burdeos *alias* Benito, alegando la defensa (cfr. *El Faro Nacional* cit. p. 372) una vieja ley de las Partidas (3,16,8) que prohibía la deposición de mujeres con ropas y modos de hombre; el fiscal entendió inaplicable la norma alfonsina pues, lejos de cualquier intención inmoral, «Francisca Burdeos, que ha servido á su Reina y á su patria en el ejército, conquistando laureles, premios y hasta una cruz pensionada, adoptó este traje para soportar las fatigas de la guerra [de África], con permiso de la autoridad militar, y continúa usándole con el de la civil» [cfr. *El Faro Nacional* cit. (n. 20), 397-400].

²² Cfr. «Tribunales», en *El Faro Nacional* 6 (1862), 360.

²³ Cfr. *Obras de Don Antonio Aparisi... Tomo V. Escritos y discursos forenses*, Imprenta A. Flórez y Ca., Madrid, 1877, pp. 229 ss, pp. 325 ss. También, *El Faro Nacional* 7 (1863), pp. 110 ss.

²⁴ Joaquín Francisco PACHECO: «Penas infamantes. Argolla. Degradación», en *La Escuela del Derecho* 1 (1863), pp. 318-330 y 2 (1863), pp. 202-220, reelaboración de su arenga «en defensa de uno de los procesados en la tan tristemente célebre causa de la calle de la Justa» [así Aristides R. ARTIÑANO: «La pena de argolla», en *Revista Sevillana* 3 (25 de enero, 1863), pp. 1-2]. La intervención forense de Pacheco llegó a ser tan admirada que algunos colegas –en las antipodas

Por el contrario, en otra de aquellas causas los «extravíos de la prensa» (Ortíz de Zúñiga) llegaron al colmo de exigir la imposición de sanciones disciplinarias en castigo de los jueces. Me refiero al asunto Fontanellas, un proceso por secuestro o muerte y suplantación de estado seguido en los estrados de Barcelona. Probablemente la suerte de este Martín Guerre a la catalana²⁵ apenas hubiera levantado un poco de ruido si el abogado defensor no hubiese dado a la imprenta, aún pendiente el fallo de apelación, escritos y alegatos varios pronunciados a favor del acusado²⁶; inmediatamente los diarios se hicieron eco de esa publicación y otras plumas entraron a debatir argumentos, pruebas, actuaciones. Ya no se trataba tan sólo de informar de las vistas o de reproducir floridos discursos gracias a la taquigrafía; con materiales auténticos por delante –en una causa seguida entre personas de renombre y cuantiosos intereses– los periodistas, y tras ellos la opinión, podían ahora suplantar al magistrado, tener criterio sobre los hechos, valorar la actitud de autoridades y tribunales²⁷. La gravedad del extremo («con solo oír a una parte y oír de manera extraprocesal, fallaron de plano, y aun pidieron á voz en grito la responsabilidad y hasta la destitución de funcionarios que... habían intervenido») ²⁸ justificó que la sentencia, condenatoria del tal «Feliú o Fontanellas»²⁹, ordenase también encausar al abogado como reo de desacato, «considerando... que asimismo

del espectro político– acudieron al viejo puritano para que amparase la convocatoria de un congreso jurídico nacional: [Cayetano de Estér], «Congreso de juristas celebrado en Madrid, los días 27, 28, 29, 30, y 31 de octubre de 1863», en *La Escuela...* cit. 3 (1863), pp. 97-163; Enrique UCÉLAY: *Estudios sobre el foro moderno. Conferencias dadas en la Real Academia de Jurisprudencia en el curso de 1882 á 1883 seguidas de biografías y defensas de abogados célebres españoles*, Viuda de J. M. Pérez, Madrid, 1883, pp. 182 ss.

²⁵ Mariano NOUGUÉS: «Recuerdos que suscita la causa titulada Fontanellas», en *El Faro Nacional* 7 (1863), pp. 70-72.

²⁶ José Indalecio CASO: *Exposición de hechos para la defensa de D. Claudio Fontanellas, hijo del primer marqués de Casa Fontanellas, en causa pendiente contra el mismo por supuesta usurpación de estado civil*, Luis Palacios, Madrid, 1862; también, del mismo, *Discursos pronunciados en defensa de D. Claudio Fontanellas... suplicando de la Real Sentencia de vista de 31 de Diciembre de 1862 por la que se condenó a dicho procesado á la pena de nueve años de presidio como usurpador de estado civil*, Luis Tasso, Barcelona, 1865 (publicado por entregas). Para los episodios en tercera instancia, Fermín VILLAMIL: *Defensa sobre libertad y escarcelación del procesado D. Claudio Fontanellas y Sala...* Narciso Ramirez, Barcelona, 1864; del mismo, *Historia justificativa de la defensa en el proceso Fontanellas: con las biografías y retratos de las personas interesada en la causa, de la parte que en ella tomaron, papel que hicieron y refutación de la obra que sobre lo mismo publica D. Esteban Ferrater, relator de la Audiencia de Barcelona*, Juan Oliveres, Barcelona, 1865.

²⁷ Cfr. *Sentencia de la causa Fontanellas...*, A. Querol, Madrid, 1865, con la decisión de revista (tercera instancia) como suelto del diario *Las Novedades* («en forma de libro para que mejor pueda conservarse y leerse»). También, en similar formato, el fallo de vista: *Sentencia pronunciada por la Audiencia Territorial de Barcelona... en la causa formada sobre la usurpación del estado civil de D. Claudio Fontanellas*, Villalonga, Palma, 1863.

²⁸ Nicolás PEÑALVER: «Sobre la ligereza y deplorable inconveniente con que se tratan hoy en la prensa los asuntos de los tribunales», en *El Faro Nacional* 7 (1863), pp. 449-451 y 457-459, p. 449. Es discurso de apertura del año judicial, pronunciado por PEÑALVER, regente de la Audiencia de Barcelona, a 2 de enero de 1863.

²⁹ Cfr. «El procesado Feliú ó Fontanellas» *ibid.* pp. 55-56.

deben haberse ocasionado [gastos] muy crecidos con la impresión en forma de folletos, de todos los escritos é informes... que en su defensa oral y asistencia al acto de la vista por seis dias se ha desplegado un aparato no menos ostentoso que calculado; que de una manera ficticia se ha producido una alarmante agitación en las masas, jamás conocida por asuntos judiciales, y que en determinados momentos llegó á presentarse con un carácter grave e imponente», con «el estudiado afán de estraviar la opinion, concitar los ánimos contra instituciones sagradas, ejercer presión y fuerza, y obtener el triunfo del procesado de todos modos sin excusar ninguno»³⁰. A los severos considerandos siguieron más páginas impresas «esponiendo las ilegalidades y abusos de autoridad que se han cometido en la causa»³¹, se pronunciaron por escrito los magistrados, fiscales y relatores envueltos en el famoso proceso³², el regente de la audiencia catalana se quejó con gran amargura («es decir, que los magistrados son unos párias, unos ilotas, á quienes los espartanos de estos tiempos tienen el derecho de vilipendiar á su antojo»), en una ocasión muy solemne, «sobre la ligereza y deplorable inconveniencia con que se tratan hoy en la prensa los asuntos de los tribunales»³³, y en fin, las revistas entraron en las cuestiones jurídicas del ruidoso proceso mediante las aportaciones que venimos recordando.

Más o menos prudentes sus autores, con mayor o menor reverencia ante el tribunal de Barcelona (que «tal vez por exceso de celo, ha ido más allá de donde debiera, ha coibido [sic] la libre defensa, ha privado á los tratados como reos de los justos medios de sinceridad») ³⁴, el origen de todos los problemas se

³⁰ «Sección de Tribunales. Audiencia de Barcelona. Sentencia en la célebre causa de Fontanellas», *ibid.* pp. 36-47, p. 46.

³¹ José Indalecio CASO: *Denuncia presentada á S.A. el Tribunal Supremo de Justicia esponiendo las ilegalidades y abusos de autoridad que se han cometido en la causa que pende en grado de revista ante la Sala tercera de la Excm. Audiencia de Barcelona contra D. Claudio Fontanellas y Sala por supuesto delito de usurpación de estado civil*, Luis Palacios, Madrid, 1863.

³² Crispulo GARCÍA GÓMEZ DE LA SERNA: *Acusación pronunciada por el Teniente Fiscal... ante... a Audiencia de Barcelona, en la vista de la causa formada sobre usurpación del estado civil de D. Claudio Fontanellas, precedida del discurso pronunciado por D. Ricardo Ventosa y seguida de la sentencia dictada*, Narciso Ramírez y Rialp, Barcelona, 1863; *Acusaciones pronunciadas en la causa criminal seguida contra Claudio Felü y Fontanills sobre usurpación del estado civil de D. Claudio de Fontanellas ante la Exma. Sala Tercera de la Audiencia de Barcelona en grado de revista por el Sr. Fiscal de S. M. D. Demetrio de Villalaz y... D. Ricardo Ventosa, seguidas de la sentencia ejecutoria dictada por la misma Real Sala, ibid.* 1865, publicado por cuenta del marqués de Casa-Fontanellas, ¿hermano? del procesado; Vicente FERRER Y MINGUET: *La causa de Fontanellas, justificada en la esencia de su procedimiento*, Librería Española, Madrid, 1865 (también: Luis Tasso, Barcelona, 1865), difícil discusión comparatística sobre la naturaleza civil o penal de los problemas en juego por uno de los jueces en segunda instancia; Esteban DE FERRATER: *Resumen del proceso original sobre usurpación del estado civil de D. Claudio Fontanellas, por el abogado relator del mismo...*, Librería Española, Madrid, 1865.

³³ Nicolás PEÑALVER cit. (n. 28). Cfr. aún p. 458: «si esto es la opinión [h.e. el pretendido derecho a vilipendiar a los jueces], y la opinión es reina del mundo, el mundo está regido por un monstruo detestable... triste suerte la del magistrado si no tiene como única recompensa de sus trabajos... la sanción favorable de la opinión pública, de que hemos gozado hasta ahora en este generoso país».

³⁴ LOPÉZ SOMALO cit. (n. 15), p. 146.

veía en la arcaica organización de los procedimientos. Había desde luego iniciativas... aunque siempre frustradas por una u otra razón³⁵. Resultaba inexplicable el tortuoso sistema de recursos y la falta de casación en lo criminal (Ortíz de Zúñiga, p. 225). Los poderes amplísimos del juez al instruir el sumario no debían simplemente limitarse según su criterio o sus convicciones éticas; antes al contrario, «mientras que el reo no tenga una intervención directa en el, intervención que previniendo toda sospecha de confabulación en el procesado, le garantice la completa exactitud de lo que se escribe... el mal será cada mayor» (López Somalo, pp. 146-147). Y si las cosas permanecían así en el terreno del derecho vigente, sabemos que la discusión de los fallos judiciales parecía «lo que más aleja la arbitrariedad y ofrece más garantías en favor de la sociedad y de los mismos procesados» (Melchor y Pinazo, p. 296).

También tenía presente el *affaire* de Fontanellas Vicente Romero y Girón (1835-1900), otro de los partícipes en la controversia... y el crítico más feroz de Manuel Ortíz de Zúñiga. La diversidad que separaba al aún joven abogado del parecer expresado por sus mayores era absoluta y radical, partiendo de una concepción muy diferente de la publicidad judicial: para Romero tal principio suponía un «juicio de hecho de todo el país sobre tal ó cual acto donde se ventila y decide acerca de la seguridad, de la libertad, de la honra de un ciudadano» (p. 334). Por eso, bajo el moderno régimen representativo, ámbito de la libre discusión, «todas las instituciones... quedan de hecho y de derecho sujetas á su jurisdicción universal, sin restricciones ni diques que entorpezcan ó impidan el libre uso de tan elevado compensador, que esto es, en suma, la opinión pública» (pp. 334-335). La publicidad judicial pergeñada en la carta de Cádiz y mantenida a duras penas en el reglamento de 1835 tuvo como «indispensable consecuencia... la libre discusión, hablada ó escrita, de la opinión pública» (p. 336), de manera que opinión y publicidad de los juicios serían «dos elementos de una misma cosa, que se completan, por decirlo así, y que negado el uno, el otro desaparece» (p. 335). En conclusión, erraban los que confundieran, en la estela de Ortíz de Zúñiga, la libre defensa con el carácter

³⁵ Cfr. [Juan Francisco Lasso Gaité], *Crónica de la codificación española. I. Organización judicial*, Ministerio de Justicia (Comisión General de Codificación), Madrid, 1970, pp. 79 ss., sobre «Trabajos preparatorios de la codificación orgánica entre 1856 y 1869»; también, *Crónica... III. Procedimiento penal*, *ibid.* 1975, pp. 152 ss, sobre «Las reformas procesales de 1863 a 1868». Se discutía por esos años un proyecto de ley para implantar una sala de admisión en el Tribunal Supremo (1862), que, presentado a las Cortes en 1863, se paralizó ante la disolución anticipada del parlamento [cfr. Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA: «Observaciones sobre el proyecto de ley presentado al Congreso, creando una Sala de previo examen para el recurso de casación», en *La Escuela del Derecho* 1 (1863), pp. 53-72 y 73-82]; otro sobre tribunales de comercio (1863), retirado del Senado en 1865 [cfr. Francisco PI Y MARGALL: «Proyecto de ley orgánica de los tribunales de comercio», *ibid.* 4 (1864), pp. 97-110]; finalmente, unas bases de organización de tribunales y del enjuiciamiento criminal (1863), muy deudoras de Pedro Gómez de la Serna, aprobadas por el gobierno (R.D. de 26 de abril de 1863) y más tarde fracasadas en su paso por las Cortes [cfr. (José María Huet), «Dictamen escrito y propuesto por D. ... sobre el proyecto de ley de bases para la organización de los tribunales del fuero comun y enjuiciamiento criminal», *ibid.* 6 (1864), pp. 95-125].

público del proceso: pues si «lo primero es una garantía indirecta de la sociedad y directa del procesado; lo segundo es una garantía directa de ambos á la vez» (*ibid.*).

II. EL CRIMEN Y LA OPINIÓN

«Una ley que consagre la publicidad y pretenda excluir la concurrencia irremediable ó instantánea de la opinión pública, es una ley sin sentido, sin razón y acreedora acaso del dictado de inicua»³⁶. La historia inmediata dio la razón al joven revolucionario Romero (1868), pero un cuarto de siglo más tarde el recuerdo del caso Fontanellas y las diferencias habidas con Manuel Ortiz de Zúñiga volvieron a la encanecida cabeza del excelentísimo señor don Vicente Romero y Girón, ministro de Gracia y Justicia (1883), miembro de la Comisión general de codificación, senador vitalicio del Reino (1886)... durante el terrible verano de 1888.

Las noticias se difundieron apenas perpetrado el delito³⁷. Todo había sucedido hacia la madrugada del lunes 2 de julio en el número 109 de la calle Fuencarral: «una casa de nueva construcción, de elegante fachada y holgado interior», si bien levantada «sobre el solar de una de las posadas más siniestras del antiguo Madrid... famosa en los anales del crimen». Se oyeron unas voces alarmantes («¡Dios mío! ¡Socorro, que me matan!») que pronto cesaron, mientras se extendía por la escalera, desde las rendijas del segundo izquierda, una densa humareda con «marcado olor á carne asada». Uno de los vecinos alertó al sereno y a la pareja de policías de seguridad. Llegó también el alcalde de barrio, quien procedió con los otros a forzar la puerta. A medida que se desvanecía el humo y penetraba en la vivienda el improvisado cortejo se descubrió a la criada en el suelo de la cocina, privada de sentido, con un perro, también inconsciente, a su lado. Unidos pronto al grupo el juez de guardia y un médico de la casa de socorro más próxima hallaron en la alcoba principal el cuerpo sin vida de una mujer de unos cincuenta años, con las piernas y los brazos envueltos en trapos y papeles ardiendo. Aunque el cadáver se hallaba medio carbonizado no fue difícil determinar que se trataba de la dueña de la casa, una tal Luciana Borcino (o Encarnación Boreiro, en esas primerísimas informaciones), acuchillada con visible aparato de sangre en el pecho y el vientre. Tras un breve interrogatorio, la doméstica Higinia Balaguer («la impavidez de que, según dicen, hizo alarde... es un dato que la condena: pero esa impavidez puede ser efecto de una completa tranquilidad de conciencia») fue llevada a la

³⁶ ROMERO Y GIRÓN cit. (n. 16), p. 335. Y en relación a la legislación en materia de imprenta, uno de los huesos duros que tuvo que roer O'Donnell, cfr. Demetrio CASTRO ALFÍN: *Los males de la imprenta. Política y libertad de prensa en una sociedad dual*, C.I.S.-Siglo XXI, Madrid, 1998, pp. 109 ss., sobre «El proyecto de ley de imprenta del gobierno largo».

³⁷ Cfr. «El crimen de la calle de Fuencarral. Antecedentes. El crimen. Los autores. La autopsia», en *El País*, 3 de julio 1888, p. 2.

cárcel de mujeres... Se diría que continuaba en vigor la vieja norma medieval que imputaba a los criados (*iuris tantum*) la responsabilidad por muerte violenta del señor acaecida en el propio domicilio³⁸.

No había sido, claro está, el único suceso del día: los periódicos anunciaban, siempre en relación al maldito 2 de julio, una pelea a navajazos en la calle de San Vicente, el atropello y muerte de un niño de tres años en la de las Infantas o la detención por robo del flamenco Paco el Malagueño. Mas en aquel Madrid castizo que todavía parecía «un pueblo raro, distinto de los demás, uno de los pocos pueblos románticos de Europa; un pueblo donde... todo el mundo se acostaba tarde; de noche, las calles, las tabernas y los colmados estaban llenos; se veían chulos y chulas con espíritu chulesco; había rateros, había matuteros, se hacían chascarrillos y epigramas en las tertulias; había periodicuchos donde unos políticos se insultaban y calumniaban a otros, se daban palizas, y de cuando en cuando se levantaba el patíbulo en el campo de Guardias»; en esa capital-poblachón tan bien descrita por Pío Baroja³⁹ las circunstancias del crimen le hacían merecer una crónica periodística larga y separada. Llamaba la atención la condición de la víctima, una rica y solitaria viuda de origen gallego, instalada no hacía mucho en el inmueble de autos. Se sabía además (y lo recordaba la prensa entre los «antecedentes» del delito) que la infeliz tenía un hijo, de nombre José [Vázquez] Varela, a quien «le agradaban en extremo las costumbres de la gente del bronce... aficionado a la pintura y al *cante flamenco*, monta á caballo y toca la guitarra»⁴⁰... Actividades más o menos inocentes, desde luego, si no fuera por los golpes y las amenazas con que el joven abría la bolsa materna para costearse una vida disipada; por semejantes motivos había tenido problemas con la justicia. La querida de Varela, una tal Lola la Billetera, también había probado en sus carnes la violencia que se gastaba el burguesito cuando bebía algo más de la cuenta⁴¹. Las legítimas sospechas levantadas en su contra parecían sin embargo desvanecerse, pues el pollo se hallaba actualmente sufriendo pena de arresto en la cárcel-modelo madrileña... por haber hurtado una capa.

Y con esa coartada redonda, tan perfecta que olía a truco premeditado⁴², comenzó la deriva política del caso. Según la prensa, Higinia había declarado al juez que dejó a su señora en compañía de «un caballero joven»⁴³. ¿No sería, se preguntó públicamente más de uno, que el sinvergüenza de Varela se aprovechase de tolerancias culpables para salir de la cárcel y cometer sus fechorías? ¿Impenetrable y rigurosa la Modelo de Madrid? ¿De verdad era incorruptible el personal de prisiones? Pues qué, ¿se había valido la criadita de sus solas

³⁸ Me refiero a la regla contenida en el Fuero Real (FR 4.17.3: «Todo home que fallaren muerto, o livorado en alguna casa, e no supieren quién lo mató, el morador de la casa sea tenido de mostrar quién lo mató, si no, sea tenido de responder de la muerte, salvo derecho para defenderse, si pudiere»).

³⁹ BAROJA cit. (n. 1), p. 208.

⁴⁰ Cfr. *El País*, 5 de julio, p. 3, extracto de un *interview* publicado por *El Liberal*.

⁴¹ Cfr. *El País*, 6 de julio, p. 1 (de donde ya no saldrán las noticias del caso), con nuevo extracto de *El Liberal*.

⁴² Así, expresamente, (Pedro GUTIÉRREZ SALAZAR), cit. (n. 12), pp. 81 ss.

⁴³ Cfr. «Los autores», en *El País*, 3 de julio, p. 2.

fuerzas para reducir a la robusta doña Luciana?⁴⁴ Las confesiones cambiantes de la detenida (presencia en la casa de un misterioso personaje con barba negra; disputa banal a causa de un jarrón roto y apuñalamiento de la señora en un arrebato de ira...) no despejaron las especulaciones, y la falta inmediata de resultados alimentó el interés periodístico del caso⁴⁵. A pesar de encontrarse incomunicada, se supo que el director interino de la cárcel-modelo, José Millán Astray, se veía con Higinia autorizado por el juez: el imprudente instructor esperaba sacar así algo en limpio, pues la criada había servido ¡en casa de Millán! poco antes de ajustarse con la víctima⁴⁶. Los nombres de grandes personajes comenzaron a rodar por las columnas diarias cuando *La Correspondencia de España* informó de una larga entrevista del político gallego Eugenio Montero Ríos, flamante presidente del Tribunal Supremo, con Manuel Alonso Martínez, titular de Gracia y Justicia; se daba por hecho que el crimen y su tortuosa investigación interesaba en las más altas esferas⁴⁷. En el mismo sentido, la prensa aireaba los pasos dados por «una persona de la izquierda del partido liberal... en favor del hijo de la señora asesinada en la calle de Fuencarral», mientras seguía sin aclararse la intervención de Millán Astray en el sumario; las continuas visitas de los fiscales Alix y Toda al ministerio y una misteriosa carta de Montero Ríos al juez de instrucción concluían aquel día una crónica escandalosa⁴⁸. Se dijo que el prohombre interesado por Varela era Vicente Romero y Girón, nuestro ardoroso polemista en pro de la publicidad judicial... que recibía así ración de la propia medicina; desmentida al poco la noticia, su rápida circulación nos revela, sin embargo, los recelos de la opinión ante la actitud equívoca de las autoridades⁴⁹.

⁴⁴ «Es de complexión delicada, estatura airosa, tez finísima, manos bonitas, pies pequeños, color blanco pálido, pelo negro», aunque para Galdós, cronista de estas descripciones, la frente abombada y el poderoso maxilar de Higinia le quitaban todo encanto: «vista de perfil y aun de frente, resulta repulsiva» [PÉREZ GALDÓS cit. (n. 2), p. 38].

⁴⁵ Por increíble que nos parezca tras un siglo de insoportables retrasos judiciales, no había pasado aún una semana de los hechos y los diarios comenzaban a impacientarse: cfr. «El crimen y la opinión», en *El País*, 8 de julio, p. 1, plagado de irónicas referencias al juez instructor Felipe Peña Costalego, «dignísimo» investigador de crímenes... nunca esclarecidos [«la experiencia que tan dolorosamente ha podido adquirir en aquellos dos procesos (*h.e.* el crimen de Chamberí y el asesinato de los niños del Canal) le servirá indudablemente... para llegar al término feliz del descubrimiento de los criminales»]. Para bochorno de Peña, titular del Juzgado del Norte, se difundió esta coplilla: «si haces una fechoría/procura que sea en la Corte/á mansalva, a pleno día./ y en el distrito del Norte» (cfr. *El País*, 31 de julio).

⁴⁶ Cfr. *El País*, 8 de julio, con noticias tomadas de *La Correspondencia de España*; el número del día anterior informaba de las idas y venidas de Millán con el juez y su antigua criada. Parece innecesario añadir que estamos ante el padre del famoso general homónimo (1879-1954), fundador de la Legión (1920) y feroz fascista.

⁴⁷ *Ibid.* Y *La Correspondencia* servía también la noticia del apresamiento de las hermanas Ávila, amigas de Higinia; una de ellas, Dolores, fue finalmente condenada a prisión como cómplice de la Balaguer.

⁴⁸ *El País*, 9 de julio, p. 1. La posible intervención del político liberal había sido lanzada por *La Correspondencia*; las implicaciones de Millán Astray eran cosa de *El Liberal*; de *El Día* tomaba *El País* noticia de la carta.

⁴⁹ *El País*, 10 y 12 de julio; desmentido en el número del 14 de julio.

No tenía nada de extraño que la prensa republicana —en general, los llamados oficiosamente «periódicos insensatos»— aprovechara esas circunstancias confusas para arremeter contra una clase política nepotista, que gozaba y concedía impunidad («por todas partes la impunidad; la impunidad política; la impunidad moral; la impunidad legal») ⁵⁰. Ya no eran unas cartas de improbable existencia, sino encuentros perfectamente acreditados entre el presidente del Supremo y el juez responsable del sumario el objeto de las denuncias. A los pocos días se comentó con alarma el procesamiento de Millán Astray, tras ser acusado por la criada como cómplice de Vázquez Varela ⁵¹; una oportuna biografía publicada en los periódicos recordaba que el cuestionado director carcelario era «deudo» de Montero Ríos, fiel de Segismundo Moret y sobrino de otro notable gallego, Aureliano Linares Rivas; promocionado desde el periodismo hasta el cuerpo de Prisiones («por virtud de unos brillantísimos ejercicios», se afirmaba con ironía), no tardó en conocerse que el personaje («lo que vulgarmente se llama uno de los *niños mimados* de esta situación, al menos de elementos políticos en ella imperantes») arrastraba además una dudosa trayectoria profesional ⁵². Y aun así había participado en las primeras diligencias abiertas por un crimen que ahora le tocaba y salía y entraba en prisión como encausado, circunstancias que no mejoraban ciertamente la opinión popular sobre el instructor ni despejaban tampoco sombras de corrupción y favoritismo. ¿No sería más cierto que Millán, concertado con Varela, le había dejado escapar para repartirse, mediante parricidio y con la ayuda de Higinia, un suculento botín? ¿No sucedería que la protección de las autoridades y la manipulación política de la justicia hacía posible toda clase de corruptelas? Para aumentar el escándalo, un recluso de la cárcel-modelo que decía haber visto salir de noche, escoltado por los guardias, al hijo de la víctima fue hallado muerto en raras circunstancias ⁵³.

No faltaba demasiado para que Montero Ríos, acosado por la prensa y por sus enemigos políticos, tuviera que dimitir de la recién estrenada presidencia del Tribunal Supremo ⁵⁴. Pero a esas alturas no interesaba demasiado el asesi-

⁵⁰ Cfr. «Estamos perdidos», *ibid.* 13 de julio, p. 1. Cfr. BAROJA cit. (n. 1), pp. 190 y 191: «Los periódicos españoles se dividieron en sensatos e insensatos. Sensatos eran los que pensaban que los autores... eran dos mujeres... la protagonista, y... una cómplice», en tanto los «insensatos» sostenían la culpabilidad de Varela, un «chulo miserable» a quien protegerían «las personas más elevadas de la justicia».

⁵¹ «Nueva declaración de Higinia», *ibid.* 15 de julio, p. 1.

⁵² Cfr. *El País*, 1 de agosto. Antes, «¿Quién está detrás?» cit. p. 1; los numerosos «Comentarios» de otros periódicos sobre las responsabilidades de Millán se extienden también por p. 2. Cfr. *ibid.* 14 de agosto, con un artículo sobre Millán tomado de *La Verdad Penitenciaria*.

⁵³ Cfr. «Un muerto misterioso», en *El País*, 24 de julio. También, *ibid.* 4 de agosto, p. 3, con declaraciones de la madre del fallecido, negando que padeciese la enfermedad crónica a la que oficialmente se atribuía la defunción.

⁵⁴ Cfr. «La dimisión de Montero», en *El País*, 11 de agosto, p. 1, y «Los malvados», *ibid.* 14 de agosto, p. 1; el antiguo ministro renunció también al escaño de diputado (cfr. «Con sus nombres», *ibid.* 5 de agosto, p. 1; también, 17 de julio). Sin embargo, no encuentro entre estos materiales la sugerencia de que Vázquez Varela fuese «vástago, por la puerta de atrás, de don Eugenio Montero Ríos», como afirma saladamente Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: «Examen de la estructura y contenido de la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 en el momento de su promulgación», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (1982), pp. 259-289, p. 270.

nato de doña Luciana ni la suerte de su ambiciosa sirvienta. El episodio funesto se vivía ahora como un ejemplo más de los males de la justicia, auténtico monigote en las manos del gobierno. «Se va reconstruyendo en la mente del público el proceso relativo a la infidelidad en la custodia de presos, que es en el crimen de la calle de Fuencarral, con ser éste espantoso, lo más alarmante y grave por lo que revela acerca del estado de nuestras costumbres jurídicas», razonaba *El País* del 31 de julio, para concluir, indignado, que «tal vez la política actual que se mezcla en todas las impurezas y marcha pisando en el lodo, arroja en la balanza su influencia, para salvar altas responsabilidades... ¡Qué importa que un arroyo de sangre se interponga! Todo se salva con buena voluntad y con el acicate de posibles complicaciones amenazadoras». Y todavía: «el asesinato de doña Luciana Borcino ha herido á la conciencia pública en lo más íntimo de su ser. No es sólo un crimen horrible, es tambien un crimen que ha puesto ante los ojos del país, con espantosa desnudez, hondas llagas en la administracion pública»⁵⁵. Los ataques a la «justicia histórica»⁵⁶ subían de tono, se pedían abiertamente responsabilidades al juez instructor de la causa⁵⁷, se citaban cada día nombres importantes (Sagasta, Alonso Martínez, Montero, Moret)⁵⁸, aumentaba el sarcasmo y la sátira⁵⁹... y comenzaron a llover las denuncias por delito de imprenta contra *El Liberal*, *El País*, *El Resumen* y otros diarios críticos, colocados en la mira del fiscal y del gobierno⁶⁰; paradójicamente, el ingreso de periodistas en la cárcel-modelo, escenario de la enjundia política del caso, resultó utilísimo para alimentar con noticias frescas las inflamadas crónicas cotidianas⁶¹. Poco a poco, la solución del crimen cedía el paso

⁵⁵ Cfr. *El País*, 19 de agosto, p. 1.

⁵⁶ La expresión se difundió para contraponer la justicia oficial (esa justicia pagada por el Estado, objeto de vana denuncia «desde los tiempos de nuestra chispeante literatura picaresca») a la auténtica justicia dispensada por la opinión y administrada gracias a la prensa; cfr. «La Curia», en *El País*, 27 de agosto, p. 1. Dos días después, un editorial que pintaba negrísimo el panorama judicial de la Restauración era titulado «La justicia prehistórica», p. 1.

⁵⁷ Cfr. «Un juez especial», en *El País*, 17 de julio, p. 1; también, «El juez ante la opinión», *ibid.* 26 de julio.

⁵⁸ Y es que, como recuerda BAROJA, cit. (n. 1), en el Madrid de la Restauración –un régimen político cimentado en falsedades– «atraía lo pintoresco y lo inmoral. A la gente le gustaba saber que el Ayuntamiento de Madrid era un foco de corrupción; que un señor concejal se había tragado las alcantarillas de todo un barrio, y se reía al oír que los pendientes regalados por un matutero ilustre adornaban las orejas de la hija de un ministro» (p. 209).

⁵⁹ Así la «Oración de *El Resumen*», recogida por *El País*, 12 de agosto, p. 1: «Creo en Alonso Todopoderoso, Creador del Código civil y de la *rex pública*: en Peña Costalego, su único hijo, que fué concebido por gracia y justicia: nació de Santa madre Credencial, padeció bajo el poder de Montero Ríos, fue asenderado, traído y llevado, descendió al Café de las Salesas, subió a la Audiencia, está sentado a la diestra de Toda: desde allí ha de volver á instruir diligencias y á juzgar á los vivos y al muerto de la Cárcel. Creo en Muzas, en la Justicia Histórica, la declaración de los presos, el perdón de los penados, la resurrección del sumario y la vida presidiable. Amén». También, «Su Majestad Eugenio I», en *El País*, 15 de agosto.

⁶⁰ Cfr. «Los impunes», *ibid.* 18 de julio, p. 1.

⁶¹ Cfr., por ejemplo, «Desde la cárcel», en *El País*, 31 de julio, p. 1; también *ibid.* 5 de agosto, haciéndose eco, gracias a la carta de un preso político, del ambiente hostil que rodeaba a Francisco Ramos Querencia, un guardia que había declarado sobre las salidas de Varela. Durante el

a la persecución oficial de sus tenaces investigadores, declarándose al fin «una guerra encarnizada entre la prensa y la curia, guerra en la cual hasta ahora la curia ha sido siempre la agresora, como desde ahora lo será la prensa»⁶².

III. LA PRENSA DIARIA Y LA ACCION POPULAR

«Con perfecto derecho y hasta con razón», apostillaba aún el sufrido editorialista. La desafiante declaración traía causa de un movimiento que rondaba las redacciones desde el 26 de julio, cuando menos. Ese día tuvo amplia difusión «La prensa periódica y la administración de justicia», un comentario donde se defendía la tesis —en perfecto contraste con la actitud de la fiscalía— según la cual «nada de lo existente es hoy para la prensa inviolable ni indiscutible». Ante la cerrazón y el acoso a los periódicos por parte de la «justicia histórica» («que cobra para servirnos bien») se quería mantener la crítica valiente a las instituciones, con una inesperada propuesta que marcó el rumbo ulterior de nuestro caso: «¿por qué la prensa de Madrid, como fiel intérprete de la opinión pública, no se muestra parte en la causa usando del derecho que se deriva de los artículos 100 y 101 de la ley de Enjuiciamiento Criminal?... Si... se decide a ello, cuenta con nuestro humilde concurso para todo, incluso llenar el requisito que previene el artículo 280 de la citada ley». Siendo todavía disposiciones vigentes, sin duda recordaremos la principal norma entre las mencionadas: «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo á las prescripciones de la ley» (art. 101).

La presentación de querrela por el crimen de Fuencarral se sugería desde las páginas de una *Revista de Tribunales* al servicio de la práctica hispalense⁶³, pero este modestísimo «bisemanario de jurisprudencia, legislación y derecho, y defensor de la moralidad en la administración de justicia» recibió de inmediato el apoyo de sus colegas. Bajo presión de la «multitud de cartas» recibidas en sus oficinas, uno de los más combativos abrió suscripción de fondos «para asociar estrechamente á nuestra obra el concurso del pueblo de Madrid, y en

juicio se probó que los presos políticos, esto es, los periodistas, eran testigos privilegiados de las salidas irregulares, al ser contiguo su pabellón a la sala de autos, vía de escape natural hacia el exterior: cfr. «El crimen de la calle de Fuencarral», *La Correspondencia de España*, Madrid, 1889, pp. 465 ss. (testimonio de Francisco Quero, ex director de *El País*), pp. 467 ss., (testimonio de Joaquín Esteban Romero, periodista de *La República*). Y en relación a las condiciones de la porosa cárcel-modelo, primer y fracasado experimento de prisión celular, vid. Rafael SALILLAS: *La vida penal en España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1888, pp. 420 ss.; ya antes se habían advertido los riesgos de improvisar sin personal ni medios adecuados: Pedro ARMENGOL Y CORNET: *La Cárcel-Modelo de Madrid y la ciencia penitenciaria*; Jaime Repús, Barcelona, 1876.

⁶² Cfr. «Comentarios», en *El País*, 1 de agosto, p. 1; *ibid.* 17 de agosto, «extraordinario» sobre «La denuncia de hoy». También, «La prensa y la Curia», *ibid.* 28 de agosto, p. 1.

⁶³ Cfr. *El País*, 26 de julio, con identificación errónea de la sede original (se habla de la *Gaceta de Tribunales*) del artículo extractado; la referencia correcta *ibid.* 8 de agosto, p. 2. Cfr. aún *El País*, 28 de agosto, lamentando el ingreso en prisión de Francisco de P. Rodríguez Lemos, director de la *Revista* sevillana, por informaciones relacionadas con el caso.

general de la sociedad española, para que con toda razón podamos dar el hermoso nombre de acción popular á la que se trata de ejercer»⁶⁴. El éxito de ambas iniciativas, aprobadas con aplauso general, cuajó el 9 de agosto en una concurrida asamblea de más de treinta representantes y directores de periódicos⁶⁵.

Nació de ese modo la mixtura del metafórico *tribunal de la opinión*, encarado por la prensa, voz de la sociedad, y el más palpable, aunque no necesariamente más efectivo, *tribunal judicial*, institución del Estado, el punto decisivo de la causa que comentamos: nunca antes había prosperado el instrumento procesal que ahora esgrimían los periódicos⁶⁶. La primera medida del consorcio fue la puesta en marcha de un comité que designara letrado; se votó a Francisco Silvela (1845-1905), antiguo titular conservador de la cartera de Gracia y Justicia, muy criticado en los diarios de la izquierda («¡qué monstruosidad! Un hombre que es, por dentro y por fuera, puro papel sellado... el secreto del sumario... el auto para mejor proveer, el careo inútil, la diligencia estéril... un hijo de la justicia histórica») ⁶⁷, mas la consulta del hombre político cerca de Cánovas del Castillo, su jefe de filas, sobre la conveniencia de asumir el encargo aconsejó finalmente buscarse abogados de menor significación⁶⁸. Con todo, el frustrado asesor de la prensa aprovechó esta ocasión para fustigar desde Málaga al presidente del Tribunal Supremo, en un corrosivo discurso que fue causa próxima («la opinión ha formado un proceso al Sr. Montero Ríos... el Sr. Silvela ha sido el fiscal») de la dimisión del ilustre prócer gallego⁶⁹.

⁶⁴ Se trataba de *El Resumen*, cuya sugerencia de suscripción pública reprodujo *El País*, 1 de agosto. El marqués de Santa Marta, propietario de *La República*, se ofreció a adelantar los fondos necesarios: cfr. *ibid.* 9 de agosto.

⁶⁵ Cfr. «La acción popular», en *El País*, 9 de agosto, p. 1.

⁶⁶ Cfr. «La justicia y la Curia» *ibid.* 12 de agosto, p. 1. Y desde ese número se publica el estado de la «Suscripción nacional para sufragar los gastos de la acción popular»; por supuesto, no faltó la picaresca comercial a rebufo del proceso: por ejemplo, el «almacén de camas y muebles» *La Española*, sito en la calle fatídica (núm. 51), prometía destinar para la causa un porcentaje de sus ventas al contado (cfr. *El País*, 13 de agosto). Se puso también a la venta –ocurrencia de un tal Carlos Rodríguez– «un nuevo é ingenioso rompecabezas, con motivo del famoso crimen»: *ibid.* 14 de agosto.

⁶⁷ Cfr. «Silvela», *El País*, 10 de agosto, p. 1. También, «La justicia y la Curia», cit., donde Silvela se presenta como «un curial de oficio». Para el diario que nos sirve de fuente el abogado ideal sería un jurista eminente, pero no en activo, que no se hubiera manifestado sobre el caso; las condiciones apuntaban a Nicolás Salmerón, segundo (nueve votos) en la votación favorable a Silvela (13 votos): cfr. *El País*, 9 de agosto. De todos modos, Salmerón intervino como responsable de la casación interpuesta por Higinia Balaguer.

⁶⁸ La «comisión de letrados» designada se compuso por Joaquín Ruiz Jiménez (abogado y periodista), Antonio M.^º Ballesteros (pasante de Salmerón) y Miguel Moya (otro destacado letrado-periodista): cfr. *El País*, 12 de agosto. El primero, director por entonces del cotidiano *La Regencia*, dejó un completo relato de su intervención: cfr. *Recuerdos de un proceso famoso. El crimen de la calle de Fuencarral*, Impta. de Juan Pueyo, Madrid, 1929, edición conmemorativa del cincuentenario de *El Liberal* (que fue la cabecera convocante de la prensa para constituir el consorcio acusatorio); *vid.* pp. 18 ss., con la respuesta de Silvela tras la cancelación del ofrecimiento y los particulares del realizado a Ruiz Giménez.

⁶⁹ «La opinión ha formado un proceso al Sr. Montero Ríos: los periódicos no hemos sido más que los actuarios; quizá el Sr. Silvela ha sido el fiscal; es posible que el Parlamento sea la Audiencia que lo falle; pero es seguro que el fallo definitivo lo dará la misma opinión pública...

No fue el único discurso de Silvela que hoy nos pueda interesar. Unas semanas después de los últimos acontecimientos, exactamente el 31 de octubre, el ex ministro intervino en la solemne apertura de sesiones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, cuya presidencia ejercía. A la caza de un argumento de actualidad, Silvela abordó naturalmente el tratamiento y régimen de la acción popular («teoría y práctica de la acción pública en el Enjuiciamiento criminal»). Sus palabras aún se citan entre la literatura especializada⁷⁰ –se trata, al fin y al cabo, del primer estudio monográfico dedicado en España a la figura– pero no suelen recordarse las circunstancias –irrepetibles– de esa erudita intervención⁷¹. Digamos muy llanamente que el discurso académico de Silvela debe ser leído en el contexto, primero, de la historia positiva de la regulación prevista en el artículo 101 de la ley procesal española, y, segundo, con el telón de fondo –más o menos presente en el Madrid de los Ochenta– de los debates sobre la acusación popular que dividieron a los juristas europeos, particularmente romañistas alemanes e italianos, en la segunda mitad del siglo⁷².

Desde 1864, fecha del estudio de Carl G. Bruns sobre *Die römischen Popularklagen*, el argumento de las acusaciones populares, mal abordado por los pandectistas, se lanzó de lleno al terreno de la discusión dogmática. En realidad, la duda sobre atribución de los beneficios obtenidos en caso de prosperar la acción presuponía un pronunciamiento sobre el título, propio o procuratorio,

verdadero Tribunal Supremo del cual, por fortuna para todos, no es presidente D. Eugenio Montero Ríos», en «La dimisión de Montero», cit. (n. 54). Cfr. aún «Declaración de Montero», en *El País*, 14 de agosto, con la carta del dimitido a *El Imparcial* y sus enojos frente a Silvela (quien «ha lanzado á la faz del país que la inmoralidad se extiende desde los secretarios del Ayuntamiento hasta el alto sitial de la presidencia del Supremo... Secretarios de Ayuntamiento hay muchos: presidentes del Tribunal Supremo no hay más que uno: yo»).

⁷⁰ Julio PÉREZ GIL: *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998; Vicente GIMENO SENDRA: *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 83 ss, pero es preferible, del mismo, «La acusación popular», en *Poder Judicial* 31 (septiembre 1993), pp. 87-94; también, del mismo, «La acción popular, el jurado y los tribunales de escabinos», en Manuel COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios a la legislación penal, I. Derecho Penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, 337-377. Interesa aún la consideración dogmática y comparada de Víctor FAIRÉN GUILLÉN: «Algunas disquisiciones en torno a la llamada acción penal popular», en *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre*, I, Universidad, Valencia, 1982, pp. 601-635; ya antes, del mismo, «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en *Temas del ordenamiento procesal, II: Proceso civil. Proceso penal. Arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 1199-1246 (cfr. p. 1217, n. 46, con noticia del trabajo de Silvela). Y sobre la experiencia constitucional y jurisprudencial de la acción, últimamente Virgilio LATORRE LATORRE: *Acción popular/acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000.

⁷¹ Francisco SILVELA: «La acción popular», en *RGLJ* 73 (1888), pp. 457-487; también como publicación exenta: *Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Francisco Silvela, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en la sesión inaugural del curso de 1888 á 1889 celebrada en 31 de octubre de 1888*, Impta. del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1888, 33 pp., que es la que cito. Cfr. Francisco SILVELA: *Artículos, discursos, conferencias y cartas*, I-III, Mateu, Madrid, 1922-1923.

⁷² Lasso GAITE: *Crónica... III: Procedimiento penal*, cit. (n. 35), pp. 187 ss.; PÉREZ GIL, cit. (n. 70), pp. 12 ss; también, Luis M.^a Díez-PICAZO GIMÉNEZ: «Ministerio Fiscal y acción popular en España: una aproximación histórica», en *Tribunales de Justicia* (1999), 1013-1028. La historiografía romanística ha sido tratada no hace mucho por Enrique LOZANO CORBI: *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 228 ss.

de legitimación del actor: aceptándose que éste ejercía su propio derecho, cabía (re)construir el proceso de los buenos tiempos republicanos como ámbito natural de la soberanía popular, abierto a cualquiera que se sintiera ofendido ante la comisión de un delito o llamado a la defensa de las cosas públicas; por el contrario, lo segundo conducía a reforzar el carácter «estatal» (así Mommsen) de la justicia romana, sin perjuicio de confiar su realización a la intervención procuratoria de particulares (que harían suya la eventual indemnización en premio por su devoción a la causa colectiva: Savigny). Aquí es suficiente recordar que las distinciones de Bruns permitieron delimitar en las fuentes un núcleo de auténticas acciones al alcance de cualquier ciudadano, verdaderos «derechos públicos subjetivos» que, no siendo exclusivos de la *ciuitas*, podían aprovechar a quien los ejercía; en tal supuesto, junto a las acciones populares pretorias y los interdictos en tutela de bienes colectivos, se incluían las acciones legales a favor del tesoro y, en general, las acusaciones públicas.

Sea de ello lo que se quiera, para avanzar en nuestras páginas basta constatar que esas refinadas discusiones tenían lugar cuando llegaba la codificación del proceso penal en la nueva Alemania⁷³. Juristas como Rudolf von Gneist –un publicista y político de relieve, perfectamente capaz de combinar las últimas investigaciones sobre el proceso romano (o, para el caso, la invocada tradición acusatoria del derecho germánico) con la exacta noticia de la práctica anglosajona, donde dicha tradición permanecería con vida⁷⁴– se empeñaron en una lucha favorable a la acción popular, cuya introducción en el código procesal encontró amplios apoyos entre las clases jurídicas y aun en la dieta federal, a la que Gneist, como diputado, pertenecía; mas otras voces contrarias (destacó el penalista Karl Binding) y la definitiva organización del ministerio público (*Staatsanwaltschaft*) aconsejaron finalmente excluir este remedio de la *Strafprozessordnung* imperial (1877). Pero la tenacidad de Gneist algo tendría que ver con la admisión del *Klageerzwingungsverfahren*, vía para estimular la labor del acusador público al alcance de todos los particulares.

Las controversias alemanas –de las que informó puntualmente Francesco Carrara, el más famoso de los penalistas italianos– se avivaron en el Sur de Europa a raíz de una traducción de Bruns a cargo y con notas de Vittorio Scialoja (1882). Pendientes de su traslación al derecho italiano positivo, al menos para ciertas materias (protección de institutos de beneficencia), se inauguró así una década fértil en estudios a favor (Fadda, Brugi) o en contra (Codacci-Pisanelli, Manduca) de la acción popular... exactamente cuando el ordenamiento español la introdujo definitivamente en el proceso penal codificado y empezaron a surgir los casos de su ejercicio⁷⁵. No estoy en condiciones de precisar el

⁷³ Eberhard SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (1947), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, ³1965, pp. 282 ss., sobre «Die rechtsstaatlich-liberale Epoche», pp. 304 ss., sobre Binding, pp. 343 ss., sobre «Die Entstehung des Reichsrechts».

⁷⁴ Cfr. Erich J. HAHN: *Rudolf von Gneist (1816-1895). Ein politischer Jurist in der Bismarckzeit*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1995.

⁷⁵ Por eso, en interesante reflujo, la original legislación española mereció algo más tarde la atención de un jurista italiano, estudioso de la acción: cfr. Bernardino ALIMENA: «L'azione penale

grado de conocimiento que Silvela –o antes que él Montero Ríos y Alonso Martínez: juristas de fuste y autores de obra jurídica– tenía de los debates y los textos europeos, aunque hay indicios para pensar en la circulación efectiva de los más importantes⁷⁶. Por ejemplo, sabemos que Carrara correspondió con juristas españoles y que llegó a ser por aquí una autoridad reconocida. Sabemos también que la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, sede del discurso de Silvela, había emprendido en los Ochenta una notable apertura hacia la literatura extranjera⁷⁷; sobre esa base sólida se lanzó el ambicioso programa de traducciones que caracteriza el cambio de siglo⁷⁸. Y existía, desde luego, una amplia información sobre ordenamientos foráneos, accesible en español: precisamente Romero y Girón fue uno de los editores responsables de la magna *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos* (I-XIII, primera serie europea: 1882-1895, proseguida con otras series y complementos) que sacó a la luz las grandes leyes de Alemania (II, 1885) e Italia (III, 1885). Situados en este panorama, no resulta nada extraño que las pocas referencias bibliográficas del discurso de Silvela correspondan a títulos custodiados en la rica biblioteca del Senado o de la misma Academia de Jurisprudencia⁷⁹.

Repásese por fin aquella intervención. «La acusación pública como ejercicio de la soberanía popular», a tenor del lenguaje de Silvela (vale decir, el lenguaje que Silvela seguía o se apropiaba), se arrastraba al mitificado periodo de libertades característico de la república romana, donde cobraba sentido en el marco de un proceso penal íntegramente acusatorio; la decadencia del princi-

popolare», en sus *Studi di procedura penale*, Fratelli Bocca, Torino, 1906, pp. 204 ss. [vid. FAIRÉN GUILLÉN: «Derecho a la defensa» cit. (n. 70), p. 1209].

⁷⁶ Cfr. Carlos PETIT: «Qualcosa che somiglia all'ammirazione. Ecos de la Civilistica italiana en España», en Cristina Vano (cur.), *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura forense e comparazione nell'età dei codici*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 397-444. También, del mismo, «El catedrático y la biblioteca. Visigotismo y profesión universitaria de Rafael de Ureña», ix-clxxiv, en Rafael DE UREÑA: *La legislación gótico-hispana...* (1905), ed. de Carlos Petit, Urgoiti, Pamplona, 2003, pp. lxxviii ss., pp. lxxi ss.

⁷⁷ Cuando se cuece y se sirve la ley procesal española la *Revista* de Emilio Reus daba cuenta, por ejemplo, de T. MURRIEST JOBAIN: *Instruction criminelle inquisitoriale et secrète* (1881), en *RGLJ* 58 (1881), p. 517; también, Jules GLASER: *Handbuch des Strafprocesses* (1883), *ibid.* 65 (1884), p. 600.

⁷⁸ A unos años del famoso crimen salió por aquí Filippo MANDUCA: *El procedimiento penal y su desarrollo científico* (1888), traducción, prólogo y notas de Ángel Pintos y Pintos, La España Moderna, Madrid, ca. 1896, una página importante entre las más críticas a la acción popular.

⁷⁹ Las pocas notas de nuestro autor mencionan, entre otros (es recurrente *L'esprit des lois*, y aparece una pequeña cohorte nacional: Arrazola, Escriche, Ferrer y Minguet), a un Émile FABRE: *De l'accusation publique chez les anciens peuples*, París, 1875 (esto es, *De l'accusation publique chez les peuples anciens, à Rome, et dans le droit français*, A. Maresq aîné, París, 1875) [cfr. Silvela cit. (n. 71), p. 6, n. 1] y al «verdaderamente clásico» Henrion de Pansey, «autoridad judicial en Francia» [cfr. Silvela p. 12 (esto es, *De l'autorité judiciaire en France*, T. Barrois père, París, 1818)]. Este último se encuentra disponible (edición de 1827) en la biblioteca del Senado, en tanto la obra de Fabre existe en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (signatura I/11878); tratándose de copia con sello de Carlos Bailly Baillièrre, principal comerciante de libros extranjeros en el Madrid de la Restauración, la supongo también al alcance del orador. Cualquier aficionado a la Red puede cómodamente comprobar «en línea» la existencia de fondos que de algún modo tocan a nuestro asunto, localizados en el Senado.

pio y el abandono paulatino de una acción entendida como derecho cívico al alcance de todos (*quavis ex populo*) sería un fenómeno del bajo imperio, cuando triunfó además el protagonismo procesal del magistrado dentro de la llamada *extraordinaria cognitio*. Sobre esa línea marcharía en los siglos medievales el reino de Francia, forja del monopolio penal del Estado, en tanto que Castilla combinó siempre la presencia vigilante del procurador fiscal, «ome letrado e de buena fama» nombrado por el monarca, con una cierta «desconfianza hacia la acción exclusiva del Estado» en punto a la acusación de fechorías (Silvela, p. 15). Y, por eso, aunque caeyese en desuso la vieja acción popular al triunfar el proceso inquisitivo⁸⁰ y la definitiva «creación de un poder independiente defensor de los intereses individuales» (*id.* p. 22), el derecho de Partidas reconoció la iniciación por querrela del juicio y la facultad de acusar atribuida a «todo ome que non es defendido de ello» (P. 7, 1.2). La paulatina resurrección del remedio «durante las varias fases de la revolución española» (*id.* p. 24) —esto es, al recibirse por aquí el sistema francés de acusación a cargo del ministerio público... sin perjuicio de mantener la «iniciativa y representación individual del ciudadano en la persecución del delito» (*id.* pp. 19-20)— sería el antecedente de la acción popular que consagró el código de enjuiciamiento penal de 1872 (art. 2) y mantuvo el vigente de 1882 (*id.* pp. 25 ss.). Admitido su ejercicio «en una causa memorable» (*id.* p. 28) —nuestro crimen famoso— «la naturaleza y condición de la acción» de que se trata consistiría, siempre según Silvela, en «el derecho del ciudadano á perseguir el fin social de la justicia independientemente de la representación que para ello tiene el Estado», advirtiéndose de inmediato, de acuerdo con una visión estatalista de las libertades muy propia de la Restauración, que «no puede considerarse ese derecho hoy como se estimaba en Roma, como participación de la soberanía; no es tampoco un derecho natural ó individual; pero es una función que se confía al ciudadano al igual del derecho de sufragio ó de elegibilidad para cargos públicos, y que le coloca en la categoría de perjudicado por el delito, desde el momento en que se presenta ante los Tribunales procurando la persecución de ese delito, la averiguación de sus autores, y la fiscalización de lo que los representantes del Estado hayan hecho ó dejado de hacer para cumplir debidamente su misión»⁸¹.

El lector actual del discurso reflexiona sobre la coherencia de una reconstrucción histórica, por lo demás hábilmente improvisada⁸², que colo-

⁸⁰ Así, SILVELA, cit. (n. 71), p. 23: «la denuncia y la fama pública, dieron á Alcaldes Corregidores y Jueces dentro de nuestro organismo gubernativo judicial, libre acceso para la investigación y persecución de todo delito, al ciudadano se le buscó tan sólo para denunciador de los maleficios y daños, y su misión terminaba tan pronto como los había puesto en conocimiento de la autoridad pública en cualquiera de sus varias y confusas formas y jurisdicciones».

⁸¹ SILVELA cit. (n. 71), p. 29; sobre la inspiración inglesa del codificador procesal penal («más bien que en las instituciones de nuestro antiguo derecho y de la legislación romana que le sirvió de modelo»), incoherente con «las bases francesas que habían servido para reorganizar nuestro Ministerio fiscal desde el Reglamento provisional en adelante», *vid.* pp. 30 ss.

⁸² Nos ha interesado, claro está, la historia de la acusación penal narrada por Silvela, una construcción que poco tiene que ver con las aportaciones de la historiografía. Cfr. Giorgia ALESSI:

ca en la Edad Media francesa el rigor de la acusación del Estado, característico del proceso penal en el país vecino, en tanto la ambigüedad heredada de Castilla ofrecería la explicación de los varios sistemas de acusación presentes en nuestro derecho liberal. Más o menos practicada entonces la llamada acción popular⁸³, lo cierto es que ese derecho la contempló expresamente –a salvo raros intentos de reconocimiento general⁸⁴– para la persecución de crímenes relativos a oficiales e intereses públicos y a la actividad delictiva política o de opinión: exigencia de responsabilidad penal a los magistrados (cfr. art. 255 de la Constitución de 1812 y art. 21, decreto de 24 de marzo de 1821), herejía (art. 4 del decreto de 22 de febrero de 1813), delitos cometidos por medio de la imprenta (decreto de 22 de octubre de 1820; real decreto de 10 de abril de 1844 –destacado por el mismo Silvela: p. 24–; real decreto de 2 de abril de 1852), contrabando y defraudación de Hacienda (real decreto de 20 de junio de 1852)... Y el sinuoso tratamiento de la acción popular en España, admitida en supuestos particulares, mas no contemplada en los proyectos de código posteriores al momento gaditano⁸⁵, este tratamiento algo paradójico, como vemos, explicaría su nueva consagración en la Constitución de 1869 en referencia a la responsabilidad profesional de los jueces⁸⁶ al tiempo que se silenciaba, con apuesta así favorable al ministerio público en tanto única instancia de acusación, en la ley Orgánica de tribunales de 1870 (cfr. art. 878)⁸⁷. De todas formas, la aparición de acusaciones populares en las normas electorales de 1870 (cfr. art. 178 de la ley) y en la ley municipal coetánea (cfr. art. 24) anunciaron, a su modo, lo dispuesto finalmente en la de Enjuiciamiento criminal de 1872, con la concesión inau-

Il processo penale. Profilo storico, Laterza, Roma-Bari, 2001; María Paz ALONSO: *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

⁸³ «Hállense ó no en desuso, es lo cierto que como regla de vida ó como cuerpo de doctrina, existían esos preceptos en nuestro derecho anterior á las reformas de la revolución de Septiembre; ellos han servido de base á lo que se ha hecho después», Silvela, cit. (n. 71), p. 22.

⁸⁴ «La acción criminal, respecto de los delitos públicos, corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la ley, sino también á cualquier español...», en los términos del artículo 5 del proyecto de Código de procedimiento criminal de 1821, oportunamente recogido por Silvela cit. (n. 71), p. 19, n. 1.

⁸⁵ Otra vez a título de ejemplo de una historia minuciosa que nos desborda, es suficiente mencionar el elaborado por Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA en 1853: la acción para acusar de delitos es pública y será ejercida «principalmente» por el fiscal, donde el adverbio permite sólo la eventual acusación del ofendido; en general, la *Memoria histórica* de los trabajos de la Comisión de codificación publicada en puertas de la primera ley de enjuiciamiento criminal (Madrid 1871) documenta cumplidamente la posición adversa de los comisionados a la popularidad de la acción penal, con una visión «a la francesa» del ministerio público.

⁸⁶ Cfr. artículo 98: «Todo español podrá entablar acción pública contra los jueces ó magistrados por los delitos que cometieran en el ejercicio de su cargo».

⁸⁷ Así, SILVELA, cit. (n. 71), p. 25: «bajo su imperio [de la ley de 1870], y estudiando su letra y espíritu, no podemos menos de considerar que en ella siguió el Ministerio fiscal la institución cantada por Montesquieu y Pansey, el guardador único del antiguo derecho popular romano de acusar á los delinquentes, si quiera todos los ciudadanos tuviesen libre el camino, como el poder del Estado, para excitar su celo y requerir su intervención en un interés social». Por supuesto, la previsión constitucional de la responsabilidad judicial se recogía en la ley orgánica de tribunales (art. 254).

gural contenida en su artículo 2: «La acción penal es pública. Todos los españoles, hayan sido ó no ofendidos con el delito, pueden querrellarse ejercitando la acción popular».

El precepto pasó, como se sabe, a la longeva ley de 1882 –donde figura hasta hoy, reforzado incluso por previsión constitucional (art. 125 de la Constitución española)– pero ahora conviene precisar que la amplia concesión del derecho de acusar prevista en la ley del 72 fue fruto, poco menos que exclusivo, de las convicciones liberales del titular de Gracia y Justicia... nuestro conocido magistrado dimisionario, el excelentísimo señor don Eugenio Montero Ríos⁸⁸. En efecto, bien recibida entre la doctrina contemporánea (era una norma castiza, presente en las Partidas) la generosa medida se apartó de los criterios imperantes en la Comisión general de códigos y fue mal vista por unos tribunales que entendían, al discurrir sobre las hipótesis de su más probable ejercicio, que «nunca o casi nunca aparece el acusador... impulsado por un resorte legítimo; la saña, el rencor, la especulación, las malas pasiones, son sus móviles naturales»⁸⁹. Y sin embargo, tal vez por no llegar a plantearse ninguna acusación popular, tal vez por el mayor estrépito causado por el jurado y el impracticable juicio oral previsto en la ley, el abandono del texto de Montero –confesadamente «provisional»– no afectó a la previsión de su artículo 2, convertido luego en el artículo 235 de aquella *Compilación general de las Disposiciones vigentes sobre Enjuiciamiento criminal* (1879) que franqueó el paso a la codificación definitiva. La regulación de la figura dejaba y deja mucho que desear («escrita un poco al descuido en las leyes novísimas», decía con razón Silvela, p. 26), y todo parece indicar que la popularidad de la acción penal en 1882 respondió a raros equilibrios; un hermoso principio de participación ciudadana... dentro de un proceso diseñado técnicamente sin ella⁹⁰.

⁸⁸ Siendo esta ley de 1872 (en propiedad, real decreto de 14 de diciembre) resultado de delegación legislativa, ante las prisas por dar cumplimiento a la previsión constitucional del juicio por jurados (art. 93 de la Constitución de 1869), la responsabilidad de su elaboración correspondió al ministerio. Cfr. en general, Juan Francisco LASSO GAITE: «Montero Ríos y su obra legislativa», en *Información Jurídica*, 309 (1971), pp. 7-53, pp. 55 ss.

⁸⁹ Cfr. LASSO GAITE: *Crónica... III*, cit. (n. 35), p. 201, con las palabras tomadas de un informe de la Audiencia de Madrid; véase también p. 227, sobre las respuestas al cuestionario circulado en 1874 por el ministerio: Emilio Bravo, presidente de la Audiencia madrileña (más tarde relacionado con nuestro caso al frente de la Sala penal del Supremo), deslizó alguna referencia al proceso, por entonces ya viejo, de la calle de la Justa, para ilustrar una opinión sobre el divorcio entre el público y los tribunales.

⁹⁰ Cfr. PÉREZ GIL, cit. (n. 70), pp. 78 ss., y LASSO GAITE: *Crónica... III*, cit. (n. 35), pp. 247 ss. Lo poco que conserva el archivo de la Comisión de codificación documenta la opinión contraria a la acción popular de Manuel Danvila y (¡otra vez!) Vicente Romero Girón, ponentes de la ley de 1882; pero faltan muchas actas de sesiones y así piezas valiosísimas para reconstruir la historia textual del artículo 101. Pérez Gil: p. 80, n. 141, se remite vagamente al carácter conciliador del ministro Alonso Martínez al objeto de explicar la notable desviación del código procesal en relación a sus trabajos preparatorios; Díez-Picazo cit. (n. 72), p. 1017, piensa en una defectuosa recepción del derecho inglés, invocado con fervor liberal en la exposición de motivos de la ley [según vimos, también por Silvela cit. (n. 71), p. 30]... sin comprender los mecanismos de la

Seguramente tienen razón los procesalistas modernos Gómez Orbaneja y Fairén Guillén cuando echan de menos en nuestra ley de enjuiciamiento criminal una suerte de juicio de acusación que fuese el nexo lógico y técnico entre el interés—derecho cívico a pedir el procesamiento y la asunción por privados de la función pública de acusar⁹¹. Con una previsión de tal alcance se hubiera evitado, sin duda, un serio problema de aplicación del artículo 101, también referido por Silvela. Pues hasta que estalló nuestro caso famoso se entendía que la acción concedida «era para principiar un sumario, para perseguir un delito olvidado ó desconocido; pero cuando el procedimiento se incoó, cuando el Ministerio fiscal ha ejercitado la acción pública ó el directamente lesionado ha producido su querrela, entonces la acción pública está agotada... y al Ministerio fiscal, al interesado y al Tribunal, toca exclusivamente intervenir en el procedimiento» (p. 27). De hecho, pocos días antes del crimen la Audiencia madrileña había desestimado (auto de 8 de junio) una querrela popular en un proceso incoado por la víctima, en el que era parte la fiscalía: la proclamación general del artículo 101 había de combinarse, a juicio de los magistrados, con lo previsto en los artículos 270 (inicio del proceso mediante querrela del actor popular) y 113 (convergencia de las acciones nacidas de un mismo delito en único proceso y bajo la misma dirección —«si fuere posible»—), siendo así inadmisable cuando el sumario se encontrase en marcha y se practicaran diligencias; según tal interpretación, que también se esgrimió en nuestro caso, la iniciativa acusatoria «popular» parecía un simple instrumento para poner a trabajar la acción pública, carente de finalidad específica y de vida procesal independiente (misma p. 27).

Perplejidades procesales de envergadura, tan explicables entre especialistas que tienen que interpretar una nueva regulación como impropias, se diría, del debate apasionado que alimentaban los periódicos. Y sin embargo, con la crónica más amarilla (o más roja) de la prensa «política» se cruzaron pareceres y opiniones sobre las particularidades técnicas de ejercicio de la acción popular y aun del modelo procesal vigente, acercándose otra vez el contenido de los diarios al de las revistas profesionales, reservadas para uso de juristas.

En efecto, las irregularidades denunciadas, los temidos favoritismos, las críticas a la justicia oficial... confluyeron en ataques periodísticos a los principios de la reciente ley de enjuiciamiento criminal, con su opción favorable al napoleónico «giudizio penale *misto*» que estaría situado, en las oportunas palabras del mencionado Carrara, «fra il processo accusatorio puro, e l'inquisitivo, come la monarchia costituzionale sta fra la repubblica, e il governo despotico»⁹². Si nos tomamos en serio el símil feliz del penalista *clásico* no puede entonces admirarnos que *El País*, nuestro particular «diario republicano-progresista» fuente de mil informaciones, adoctrinase contra las adherencias inquisitivo-despóticas de la «liberal» ley española, echándose de menos en ella

prosecution anglosajona. Pero *vid.* FAIRÉN GUILLÉN: «Derecho a la defensa», cit. (n. 70), pp. 1209 y 1217, sobre el «puro» sistema acusatorio español y su comparación con Inglaterra.

⁹¹ FAIRÉN GUILLÉN: «Derecho a la defensa», cit. (n. 70), p. 611.

⁹² FRANCESCO CARRARA: *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Reggia Università di Pisa. Parte Generale*, Tip. Giusti, Lucca, 51871, p. 592.

el triunfo completo del (democrático) modelo acusatorio. Y claro está, las críticas tomaban cuerpo a la vista de la lamentable tramitación que había llevado la causa abierta por el crimen de Luciana Borcino y por la sensibilidad especial de la opinión española hacia la debatida categoría (principio, circunstancia, empresa... y aun instrumento de participación ciudadana en la administración judicial) de la *publicidad*. «Como si la opinión liberal fuese un pordiosero á quien se contenta con un mendrugo, la publicidad que se aplicó al enjuiciamiento fue á medias, el proceso resultó público en una parte y secreto en otra... El sumario sigue siendo secreto, inquisitivo y en algunos casos, según se dice, inquisitorial... Introducida la luz en el juicio, no hay motivo para que el proceso empiece á oscuras... Puede ser el juez tonto, puede ser loco... pero como en la inmensa mayoría de los casos no tiene más vigilancia que la puramente teórica del fiscal, cabe que se falsee de tal modo la verdad en los primeros momentos, que no basta á disipar la oscuridad el chorro de luz del juicio».

«El dilema es evidente. O se vuelve al antiguo régimen escrito... o se extiende la publicidad á todos los grados del proceso»⁹³. No era común apartarse del coro laudatorio que rodeaba la ley de los liberales⁹⁴ (cuya hermosa exposición de motivos aún se cita con admiración en los cursos universitarios de Derecho Procesal), mas ciertas voces marginales censuraron el mantenimiento de la vieja *cultura inquisitiva* en un flamante texto legal inevitablemente «mixto» – las mismas voces, por cierto, que rechazaban en un alarde de coherencia la «monarquía constitucional» como forma política de España⁹⁵. «El secreto sólo conviene al crimen», se decía en los diarios más hostiles a la *justicia histórica*, dando a entender que mucho de criminal tenían los abusos cometidos en el caso celeberrimo⁹⁶, al tiempo que la prensa jurídica recogía serias advertencias sobre el nuevo juicio público y oral que, en manos de jueces todavía inquisidores, dilapidaba las garantías del proceso penal moderno: aparte la confección de sumarios «que justifican plenamente, no ya sólo la existencia de un delito, sino la responsabilidad criminal de sus actores, cómplices y encubri-

⁹³ Cfr. «El sumario público», en *El País*, 17 de agosto, p. 1.

⁹⁴ Ya en la época, cfr. Martín PERILLÁN MARCOS: «El poder social, la instrucción y el juicio en lo criminal. (Apuntes jurídicos)», en *RGLJ* 78 (1888), pp. 135-152 y 349-374, con la gastada equiparación del secreto con que se urde el delito y el secreto con que se instruye el sumario. También Eduardo ALONSO COLMENARES, «El derecho penal en España», *ibid.* 61 (1882), pp. 254-273, discurso inaugural de ALONSO, entonces presidente del Supremo, pronunciado el 5 de septiembre de 1882; P. GONZÁLEZ DE ALBA: «Extensión de las atribuciones de las Audiencias en el período de instrucción», *ibid.* 62 (1883), pp. 442-447.

⁹⁵ Añado el siguiente párrafo en censura del secreto, oportunamente alegado en su informe final por Cristóbal Botella, defensor de María Ávila en el caso famoso: «todas las sombras que han entorpecido la marcha de este proceso, aun las que no han sido desvanecidas, nacieron al calor malsano del juicio secreto y escrito; es decir, en el estado del sumario. A tal punto... que esta enseñanza indiscutible, justifica el entusiasmo con que (Luigi) Lucchini y otros escritores notables, defienden la instrucción oral y pública de los sumarios». Cfr. Enrique Aguilera, (ed.), *Procesos célebres. Crónicas de tribunales españoles... XIX: El crimen de la calle de Fuencarral...*, Revista de Legislación, Madrid, 1889, II, p. 1039.

⁹⁶ Cfr. «La luz en la cueva», *ibid.* 27 de julio.

dores», no era infrecuente que las complicadas diligencias de la instrucción hicieran plena fe en la audiencia... a título de prueba de documentos⁹⁷.

«Que los Tribunales tienen cariño al sumario es innegable, hasta tal punto, que cuando no pueden traerlo íntegro al juicio oral como prueba documental, le traen por medio de las declaraciones de los testigos, interrogándolos únicamente acerca de lo dicho ante el Juez instructor y hasta limitando su declaración á la reproducción de lo manifestado». Y es que, si reducimos a su mínima expresión la embrollada historia del crimen de Luciana Borcino, todos los problemas nacieron del talante inquisitorial del instructor y de los jueces, empeñados en arrancar una confesión a Higinia Balaguer que resolviera sin más el caso⁹⁸. Una declaración de la que colgar hechos, documentos y testimonios... a título demostrativo de una verdad irrefutable, porque ya previamente confesada. Tal fue el alcance de la incomunicación de la Balaguer en la cuesta de Quiñones, fatídico lugar de la prisión femenina; tal fue, además, la razón de romper cuando convino su aislamiento, tolerando contra toda prudencia la visita de Millán Astray ante la expectativa de una confesión definitiva. Las imputaciones sucesivas del propio Millán y del hijo de la víctima fueron el efecto de nuevas confesiones, que culminaron en la espectacular intervención de Higinia en mitad del juicio: ella habría sido cómplice de un horrible delito realizado por su compinche Dolores Ávila⁹⁹. Y esta confesión se convirtió en el sólido fundamento de una sentencia por fin condenatoria¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. Agustín SÁEZ DOMINGO: «El juicio oral y público. Cuestiones prácticas», en *RGLJ* 65 (1884), 144-148. Acaso por no conocer las corruptelas «prácticas» que aquí se describían pudo entenderse, en ambientes de cultura, que «la vista pública y oral excluye de una manera absoluta todo amaño que intentarse pudiera. Por mucha que sea la desconfianza tradicional de la imparcialidad de los tribunales, no es posible que esa desconfianza persista ante el procedimiento que hoy se emplea para el esclarecimiento de los hechos... El debate contradictorio que las cuatro partes, el fiscal y el acusador privado han de entablar sobre los hechos conocidos; los testimonios de innumerables testigos de cargo y descargo tienen que producir la luz al cabo, y es dudoso que el representante de la acción pública, por grande que sea su habilidad, consiga más de lo que el mecanismo del juicio oral ha de dar de por sí»: PÉREZ GALDÓS, cit. (n. 2), pp. 29-30.

⁹⁸ Cfr. AGUILERA, cit. (n. 95), I, en especial pp. xvi ss., correspondientes al sumario, con las cambiantes declaraciones de Higinia: 1) al descubrirse el crimen, ofreció la versión de la cena de doña Luciana con un hombre moreno de barbas; 2) el día 3 confirmó esta versión, con detalles sobre la cena servida; 3) tres días más tarde precisó que le despertó el perro al salir el misterioso comensal, quien le ordenó regresar a la cama; 4) el 8 de julio afirmó haber reñido con su señora, a quien habría apuñalado en un momento de ofuscación; 5) ese mismo día, una hora más tarde, declaró que un hombre con barba había matado a la señora; 6) el 11 de julio acusó a Millán Astray como responsable de su ingreso en la casa, sugiriéndole colaborar con el hijo para robar a la víctima...

⁹⁹ «Esta mujer [Higinia], de ánimo fuerte, que en el curso del sumario prestó tres o cuatro declaraciones distintas, ha hecho en el juicio oral una enteramente contraria a las demás... No vacila un momento en lo que dice: lleva muy estudiado su papel, contesta con extraordinaria seguridad a las preguntas, cuya intención penetra al instante; no se turba jamás», PÉREZ GALDÓS, cit. (n. 2), pp. 38-39. Con anterioridad, el desesperado defensor de Higinia Balaguer (Vicente Galiana) había intentado que su patrocinada depusiera «por el procedimiento del sueño magnético», realizando un experimento extraprocesal de hipnosis en presencia de abogados de la acción popular: RUIZ GIMÉNEZ, cit. (núm. 68), pp. 37-38.

¹⁰⁰ «La sentencia esta fundada en la declaración de Higinia; la confesión de esta resulta severamente castigada, y el silencio de Dolores premiado, porque gracias a él ha podido salvar la

IV. PARTES Y PERIÓDICOS

La prensa correspondiente al 18 de agosto daba cuenta de la interposición de querrela por el consorcio popular contra Higinia Balaguer, coautora de robo y asesinato; contra Varela, acusado de quebrantamiento de condena; contra Millán por infidelidad en la custodia de presos e inductor de falso testimonio... todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que les tocara en la muerte de Luciana Borcino; entre los testigos solicitados figuraba el ex presidente del Tribunal Supremo¹⁰¹. El texto íntegro de ese escrito salió publicado al día siguiente, envuelto en comentarios editoriales que insistían en razones políticas¹⁰² para ejercer la acción del art. 101, un «precepto terminante» –razonaban los abogados, en la línea que desarrolló luego Silvela ante la Academia de Jurisprudencia– «con el que la ley vigente ha ratificado el de la legislación antigua, que había quedado en desuso en la práctica, y el de la ley del 72 que lo restableció y puso en vigor».

La querrela mencionaba las circunstancias de la personación de los periódicos como parte acusadora, un hecho insólito realizado a favor de la legión de subscriptores –selección natural de la indignada opinión popular– que había apoyado con dinero la iniciativa: «el asesinato de doña Luciana... ha herido á la conciencia pública en lo más íntimo de su ser. No es sólo un crimen horrible, es también un crimen que ha puesto ante los ojos del país, con espantosa desnudez, hondas llagas en la administración pública. A presencia de las graves y dolorosísimas revelaciones que acaban de dejar al descubierto las viciosas prácticas de nuestro régimen penitenciario; ante el temor de impunidades que ofenden y amedrentan á los hombres honrados, la opinión pública, no por desconfianza de la justicia, sino llevada de nobles impulsos, acude á ponerse á su lado y coadyuvar con ella al descubrimiento del crimen y al castigo de los criminales» (*El País*, 19 de agosto). De todas formas, la novedad de la medida y el criterio restrictivo seguido por los tribunales, contrarios a cuanto hicieran o propusieran los periodistas, hacía prever dificultades; de hecho, los periódicos «sensatos» venían insistiendo en la inoportunidad de la querrela al existir acusación de la fiscalía¹⁰³. Otras informaciones breves y oscilantes, de tono más

pelleja», PÉREZ GALDÓS: *ibid.* p. 54. Adelanto que la Balaguer fue sentenciada a muerte y ejecutada; Dolores Ávila sufrió quince años de pérdida de libertad.

¹⁰¹ En rigor, los querellantes fueron los directores de *La Iberia*, *El Resumen*, *La República*, *El Liberal*, *El País* y *La Opinión*, sin perjuicio de que contaran con el apoyo y ejecutasen los acuerdos de un nutrido grupo integrado por otros periódicos.

¹⁰² Cfr. *El País*, 19 de agosto; *ibid.* «La acción popular», p. 1: «contra esta política [la de «los tráfugas del campo honrado de la revolución más gloriosa»: esto es, Moret, Montero, Sagasta...] va principalmente la acción popular en el concepto general y más especialmente en concepto nuestro». También *ibid.*, 20 de agosto: «Transcendencia política tiene la acción popular... Es política, en cuanto que surge de la necesidad que el pueblo siente de llevar su acción á los procedimientos de la justicia histórica, receloso de la dependencia que existe evidentemente entre el poder ejecutivo y el judicial... Es política, porque trata de combatir ciertas anomalías originadas en influencias de hombres políticos...».

¹⁰³ Cfr. «La acción popular y el fiscal», en *El País*, 29 de agosto, p. 2, con eco de las opiniones expuestas en *El Imparcial*.

bien pesimista, hacían temerse lo peor: por ejemplo, la negativa cerrada de la Audiencia de Madrid a reabrir el sumario, una vez levantado su secreto, en los términos solicitados por el defensor de Higinia (cfr. *El País*, 26 de agosto, p. 2). Finalmente, tras algún susto infundado¹⁰⁴, los diarios anunciaron la admisión de la prensa como parte acusadora..., aunque sin autorización de nuevas diligencias, entendiéndose entonces por los interesados que «con este criterio, la acción popular queda reducida á la concesión de un asiento de preferencia para el abogado que debiera llevar la voz de la prensa, eco de la opinión pública, en las sesiones del juicio oral. La sala ha estado, como se ve, muy generosa» (*El País*, 1 de septiembre, con reproducción del auto de 30 de agosto).

Tal vez estuviesen justificados los sarcasmos de *El País*, pero la ley no dejaba ciertamente demasiadas alternativas. Ese *asiento preferente* reservado a los acusadores era la consecuencia de insuficiencias legales, combinadas con la poca reflexión aún acumulada sobre normas pendientes de aplicación. El consorcio había comparecido, según sabemos, por medio de querrela ante la Audiencia, donde figuraba ya el sumario (cfr. art. 622 LECr) para pronunciamiento definitivo sobre el auto de conclusión (cfr. art. 630); no era entonces aplicable el artículo 272, relativo a la presentación de la querrela «ante el juez de instrucción competente». La prensa tampoco podía objetar nada al auto del instructor, ante quien sólo parecía un coro más bien insidioso, jurídicamente ajeno a las actuaciones procesales. Y es que la ley de enjuiciamiento carecía de lagunas si la acción popular daba comienzo a la causa, pero su ejercicio posterior era una circunstancia imprevista («principio incompleto y no claramente desarrollado», decía Silvela, p. 30), explicándose así las lecturas restrictivas del artículo 101.

Sin embargo, la notoriedad del crimen, el escándalo político y la calidad de los acusadores —nada menos que un nutrido grupo de propietarios y directores de diarios y revistas financiados con fondos donados por el público— aconsejaban ahora a la Audiencia adoptar una decisión nueva, y por nueva algo enrevesada: la querrela sería desestimada, pues se encontraba incoado el proceso, pero se admitía a la prensa como parte sin más requisitos. Según los razonamientos del tribunal de Madrid en su extraño auto de admisión-inadmisión, «la ley no se ocupa en ninguno de sus artículos de que los no perjudicados en el delito puedan mostrarse parte en cualquier estado de la causa, después de su incoación y antes del trámite de calificación»; ahora bien, «como la ley no se opone, antes bien, en su desenvolvimiento favorece al ejercicio de la acción penal, como no se establece diferencia entre el perjudicado y el que no lo es, respecto del modo de ejercitar la indicada acción, y como el artículo 110 sólo establece que se le ofrezca la causa (*h.e.* al perjudicado por un delito o falta que no hubiese renunciado a su derecho) por si quiere ser parte en ella, no se ve que haya inconveniente en igualar á unos y á otros en todo lo que se refiere á mostrarse parte, tomando la causa en el estado que tiene, siempre que sea antes de la calificación». Un ejemplo de interpretación circular, literalmente arrancada

¹⁰⁴ Cfr. «El fin de la acción popular», en *El País*, 31 de agosto, p. 1.

«de omisiones y consentimientos tácitos del legislador» (Silvela, p. 29) que permitía, al menos, la presencia del «acusador popular» al lado del ministerio fiscal (y también junto al ofendido constituido en parte acusadora: la madre de la víctima, Ángela Vázquez-Varela, se querelló contra Higinia para contribuir a la exculpación de su nieto) por muerte, robo e incendio de la desventurada doña Luciana Borcino.

Pronto comenzaron los periódicos a sacar partido del sumario, mientras los cronistas de tribunales –a veces escritores notorios, como Benito Pérez Galdós– afilaban los lápices para recoger fielmente cuanto fuera expuesto en el juicio. Alcanzaron una gran difusión las transcripciones de las vistas publicadas en folletín coleccionable por *La Correspondencia de España* –una afortunada medida comercial no exenta de complicaciones legales¹⁰⁵–. A su vez, la más completa colección de procesos célebres, lanzada por la Revista de Legislación con el propósito de documentar la colosal reforma aportada por la nueva ley de enjuiciamiento criminal¹⁰⁶, destinó dos gruesos tomos a reproducir el sumario y las sesiones.

Éstas se desarrollaron entre el 26 de marzo y 25 de mayo de 1889, en medio de gran expectación¹⁰⁷. Muy pronto se comprobó la existencia de una estrategia conjunta, seguramente establecida por tácita convergencia de las respectivas posiciones, entre los magistrados del tribunal (eran cinco, pues el ministerio público pedía pena de muerte para Higinia Balaguer), el fiscal Salvador Viada y el abogado defensor de Varela, Ignacio Rojo Arias; varios de entre ellos habían ocupado o desempeñaron después cargos de importancia en la vida política, lo que les convertía en portavoces naturales de la «justicia histórica»¹⁰⁸. A nosotros nos conviene recordar que el fruto más llamativo de aquella estrategia pasó por desprestigiar a los ejercientes de la acción popular. Maniatados por el rechazo inicial a la ampliación del sumario, los abogados de

¹⁰⁵ RUIZ GIMÉNEZ, cit. (n. 68), pp. 25 y 26; el autor recuerda además que Mariano Araús, director de *El Liberal*, puso en sus manos la versión del sumario sacada por *La Correspondencia...* para su rápida información, al ofrecérsele la dirección técnica de la acción popular. He accedido en la Biblioteca Nacional (sig. 3/90857) al volumen con el juicio plenario: *El crimen de la calle de Fuencarral*, cit. (n. 61), 711 pp.

¹⁰⁶ Cfr. ENRIQUE AGUILERA, (ed.), *Procesos célebres. Crónicas de tribunales españoles...*, cit. (n. 95).

¹⁰⁷ «Gentes hay que se estacionan desde las primeras horas de la mañana a la puerta de la sala, formando cola, para conseguir un puesto, y se lo ganan con la larga espera, y lo defienden como si de cosa mayor se tratase. Cuando, constituido el tribunal, sentados en sus respectivos sitios el fiscal, los defensores de cada uno de los procesados, los de la acción privada y de la acción popular, manda el presidente abrir la puerta del público, éste se precipita en la sala como una cascada, con ímpetu formidable, ansioso, brutal. Durante la vista expresa sus impresiones con tanta franqueza que el presidente se ve en el caso de llamarlo al orden, imponiéndole el silencio y la compostura que exige el lugar... Toda la prensa asiste al acto, disponiendo de comodidades para hacer los extractos, que el público devora por la noche y a la mañana siguiente»: PÉREZ GALDÓS: cit. (n. 2), p. 41.

¹⁰⁸ El letrado Rojo Arias, periodista y masón –un hombre del 68– era cercano a Sagasta, y había sido gobernador de Madrid; el presidente del tribunal, Victoriano Hernández García de Quesada, fue más tarde (1896) senador por la provincia de Jaén.

la prensa periódica fueron constantemente llamados al orden por el presidente de la sala, tratados con severidad por Viada, en fin, insultados —o casi— por las defensas, en particular la de Varela: la línea argumental de Rojo Arias, desde el mismo escrito de conclusiones provisionales, pretendía demostrar que el hijo calavera de la víctima había sido «acusado de parricidio por una parte de la prensa periodística, que, coaligada á este fin, y abriendo para ello suscripción nacional, ejercita la acción popular»¹⁰⁹. Por eso, en un pintoresco ejercicio reflexivo, los acusadores populares más bien ocuparon la posición de acusados, y el mencionado abogado de Varela solicitó y obtuvo como prueba, con gran complacencia de la Sala, la exhibición de los libros de administración de *El Liberal*, *El Resumen* y *El País* al objeto de acreditar que la apreciable subida de tiradas desde la publicación de noticias sobre el crimen (se triplicaron los ingresos en algún caso) había sido la única razón que tuvieron los periódicos para vestir las galas de la justicia y seguir adelante con una imputación por completo infundada¹¹⁰.

Del *asiento preferente* al banquillo del acusado, en suma. Los molestos querellantes habían solicitado la presencia de Montero Ríos como testigo, y por ahí aparece la segunda línea que orientó la actitud de los magistrados: nunca, absolutamente nunca la Sala admitiría una actuación que proyectara sombras sobre las autoridades. Para empezar, el ministerio fiscal había limitado su acusación a Higinia y las hermanas Ávila (contra la primera, y Dolores Ávila como encubridora, ejercía sus acciones la madre de Luciana Borcino); Varela y Millán Astray sólo habían sido acusados por los periódicos. El celo del tribunal en dejar intactas las instituciones le había llevado a rechazar en el auto de apertura del juicio (1 de febrero) algunos «otrosíes» del propio fiscal que podían siquiera rozar a los Montero Ríos y compañía¹¹¹. Y cuando Montero tuvo al fin que manifestarse, solicitado con insistencia por Rojo Arias y los

¹⁰⁹ Fue también agresiva la defensa de Millán Astray (Luis Díaz Cobeña), para quien la acción popular estaría «obstinada constantemente en hacerle aparecer como complicado en los delitos perseguidos en esta causa» [AGUILERA, cit. (n. 95), I, p. 29]. Por su parte, Ruiz Giménez, cit. (n. 68), p. 26, menciona la animadversión de los magistrados Segismundo Carrasco (ponente) y Luis Mira, autores de un durísimo voto particular en contra de la acción popular. Nada tiene de extraño que en el Senado se oyeran voces (Antonio Mena Zorrilla) preguntando al gobierno «si cree que es llegada la oportunidad de poner algún correctivo, alguna limitación al ejercicio de la acción popular» (*Diario de Sesiones*, legislatura 1889-1890, núm. 116, sesión del sábado 15 de marzo de 1890, pp. 1940-1941).

¹¹⁰ El escrito en AGUILERA, cit. (n. 95), I, pp. 23 ss., entre los preparatorios del juicio oral. En este continuo baile de documentos procesales y artículos de prensa Rojo Arias adjuntaba aún dos ejemplares de *El Globo*, «periódico ilustrado, de gran rectitud y gran crédito», donde había salido un comentario («Para lección y escarmiento», 30 de noviembre de 1888), que dio pie a una carta de este defensor, también publicada (1 de diciembre).

¹¹¹ Así, el cuarto otrosí, donde el fiscal pedía que el instructor informara «si por algún funcionario público se le han hecho recomendaciones ó advertencias en favor ó en contra de los procesados, y especialmente de José Vázquez Varela y D. José Millán Astray» [AGUILERA, cit. (n. 95), I, p. 35]. El primer considerando del auto estimó al respecto que «si el Juez ha faltado á su deber oyendo ó siguiendo inspiraciones que no debió oír ni seguir, y puede por ello haber incurrido en alguna responsabilidad, ésta no es objeto de la presente causa; debiendo, por tanto, ser rechazada por impertinente» tal petición (*ibid.* p. 38).

abogados de la acción popular, surgió (sesión del 4 de abril) todo un «incidente acerca de si procede ó no que acuda a declarar el señor Montero Ríos», entendiéndose que, al pedírsele testimonio sobre negocio surgido mientras ejercía su elevado cargo, gozaba del privilegio de responder por escrito; pero la Sala y la fiscalía rechazaron cualquier cuestión sobre las visitas de Montero al preso Vázquez Varela ¹¹².

Ojeriza contra la prensa acusadora y exculpación de personajes conocidos sobrevolaron las vistas de un prolongado juicio –comparecieron centenares de testigos y peritos ¹¹³, en sesiones casi interminables– en el que ahora no podemos entrar ¹¹⁴. Merece destacarse, con todo, la súbita confesión de Higinia Balaguer (sea causalidad o no, siguió inmediatamente a la lectura de las declaraciones de Montero Ríos), pues esa espontánea autoinculpación, finalmente decisiva, no sólo introdujo un momento «inquisitivo» en el juicio oral, pero también extendió la lógica de los viejos procedimientos secretos al caso de Dolores Ávila, con merma del alcance de la publicidad procesal ¹¹⁵.

En efecto, la Sala ordenó la salida de los demás acusados mientras deponía Higinia Balaguer. Ésta quería sustraerse al influjo de su amiga Dolores, presentada ahora como cerebro del crimen y autora material del apuñalamiento. Una vez devuelta a presencia del tribunal, los representantes de la acción popular rehusaron interrogar a Dolores, en razón de su ausencia durante la confesión de Higinia. En opinión de los letrados-periodistas, el juicio oral contemplado en la ley de enjuiciamiento española «se trata de un acto público, y lo que se ha hecho ha sido convertir en secreta la parte más importante de ese acto mismo,

¹¹² Cfr. AGUILERA, cit. (n. 95), I, pp. 561 ss. El escrito de respuesta (pp. 573 ss.) de Montero Ríos, donde se abordaba su entrevista con Varela y sus recomendaciones al instructor en el sentido de prohibir las actuaciones de Millán, coincidía puntualmente con lo ya publicado en verano por *El Imparcial* (cfr. n. 66).

¹¹³ El informe, recogido en el sumario, sobre el cadáver de la víctima había sido evacuado por el médico forense Adriano Alonso Martínez, del Laboratorio central de Medicina Legal... al que hago hermano de Manuel, ministro de Gracia y Justicia [cfr. AGUILERA, cit. (n. 95), I, pp. ccxxvii ss.]. Y también entre los testigos había periodistas de medios acusadores, a su vez encarcelados por delito de imprenta a propósito del caso famoso; así, Santiago Muñoz, ex director de *El País*, refirió sobre los comentarios oídos a vigilantes de la Modelo acerca de Dolores Ávila [cfr. *El crimen de la calle de Fuencarral*, cit. (n. 61), p. 392 ss.].

¹¹⁴ El lector curioso puede acudir, además, al suplemento, algo corrupto, de *La Correspondencia de España*, cit. (n. 61), y a la versión de Aguilera, cit. (n. 95), I, pp. 3 ss.; II, pp. 1 ss. No he seguido las crónicas diarias de la prensa, donde también existe cumplida información; recuerdo en este sentido –nueva muestra del intercambio de *roles* entre partes y periódicos– que uno de los abogados «populares», Miguel Moya, aprovechó el *asiento preferente* reservado a los acusadores para tomar «taquígráficamente... cuanto se decía en el juicio», y «traducirlo en seguida y darlo a *El Liberal*, que pocas horas después de concluida la audiencia publicaba extraordinarios que la gente arrebatada a los vendedores y leía con avidez. Hubo tiradas algunas noches de 40.000 y hasta de 80.000 ejemplares» [RUIZ GIMÉNEZ, cit. (n. 68), p. 36]. Cfr. de nuevo AGUILERA, II, p. 1092 y n. 1, con identificación de «los señores taquígrafos que nos han ayudado, tomando íntegramente las sesiones del juicio oral... D. Carlos Farfán de los Godos, D. Enrique Aparicio, D. Ángel Avancini, D. Antonio Pérez de Vargas y D. Enrique Díaz Ballesteros, los cuales con su pericia han sabido vencer las dificultades propias de esta clase de trabajos, dada la falta de condiciones adecuadas de casi todas las salas de audiencia de nuestros Tribunales».

¹¹⁵ Cfr. Aguilera, cit. (n. 95), I, pp. 575 ss.

mandando que se ausenten los procesados; y para que ese acto se verifique con la publicidad debida, con la entera publicidad que exige la naturaleza del juicio oral que con ese acto se ha bastardeado, es preciso de toda precisión que estén delante las partes más interesadas en el mismo. De otra suerte, envuelve un vicio de nulidad». A pesar del apoyo a estas tesis manifestado por el acusador privado¹¹⁶, la Sala entendió que la presencia continuada de defensores y asistentes al juicio cuando habló Higinia era más que suficiente para mantener el carácter público del juicio, si bien el argumento principal contra la objeción aducida por la prensa llegó desde filas de la defensa: según la de Vázquez Varela –siempre agresiva– «traspasa las reglas de lo ordinario que no hayan asistido todos los procesados a la declaración de la Higinia; pero aplaudo el celo de la Presidencia y de la Sala, que ha estimado de momento el quebrantamiento de ese requisito, que si es esencial en la generalidad de los casos, era necesario en el presente».

Restos persistentes de una *cultura procesal inquisitiva* que podía manifestarse contra la opinión pública, a modo de obstáculos y restricciones en el ejercicio de la acción popular, lo mismo que latía en el desmesurado peso concedido a la confesión inculpatória de un reo –aislado, además, de otros a quienes salpicaba tal inculpatória–¹¹⁷. El editor-jurista de la causa¹¹⁸ puso con sus interesantes observaciones el dedo en la llaga abierta por el ministerio fiscal al acusar a Higinia Balaguer del delito complejo de robo con homicidio. Sin embargo, la confesión de Higinia relacionó siempre y nada más que a Dolores Ávila con los actos relativos al robo, un punto no confirmado por otra especie de pruebas; al contrario, el sumario había dejado muy claro que el cadáver de la pobre viuda conservaba las alhajas (también las había, abundantes, en un armario), lo que hacía poco verosímil pensar que le dieron muerte para robar sus enseres: la calificación fiscal de los hechos era cuando menos atrevida, sobre todo al depender de la misma la petición de pena capital.

Más discutible parecía aún la dura conclusión del ministerio público al extender la confesión de la Balaguer a su amiga Dolores Ávila, entendiendo que ésta había sido autora o, al menos, encubridora del delito, aunque Ávila siempre negó haber participado en los hechos y ninguna prueba fehaciente confirmó cuanto confesara Higinia. Si de ese modo se hacían patentes las consecuencias negativas de la derogación parcial de la publicidad que había acordado la Sala, oportunamente denunciada por la prensa, también resultaba obvio que los razonamientos del fiscal seguían anclados en una concepción viejísima del proceso penal centrada en la confesión... en aquel sistema inquisitivo propio de los despotismos, que resistía con tenacidad ante el moderno juicio oral,

¹¹⁶ Pronto se retiró, al morir la madre de doña Luciana antes de finalizar el proceso.

¹¹⁷ Cfr. AGUILERA, cit. (n. 95), II, pp. 1090 ss., de «Calificación legal de los hechos punibles...», pp. 1105 ss., de «Calificación... de la participación imputable á cada uno de los procesados...»

¹¹⁸ No estoy en condiciones de identificar a este Enrique Aguilera, abogado de Madrid, con el conocido magistrado Enrique Aguilera de Paz, autor del comentario canónico a nuestra ley de procedimiento penal.

público y acusatorio. Y para este juicio penal *a la moderna* la prueba de confesión bien poco contaba. Así Enrique Aguilera: «sólo en el caso de que el delito perseguido tuviere señalada pena correccional, podrá ser admitida la confesión del proceso hecha al abrirse el juicio oral, como prueba de su delincuencia... pero entiéndase bien, que la prueba constituida por esa confesión es sólo de la delincuencia comprobada ya en el sumario y calificada por el Ministerio fiscal en su escrito de conclusiones. De manera que lo que en estos casos viene a formar la prueba, no es en realidad la confesión del reo, sino la comprobación hecha en la investigación sumarial ratificada en el juicio por la conformidad del confesante, hasta el punto de haber de continuar éste, y ser, por lo tanto, precisas las demás pruebas de él... La ley no ha dado fuerza probatoria á la confesión del procesado, ni aun en su contra, en tanto que no resulte debidamente comprobada».

«Y si esto sucede tratándose de los efectos de la confesión en perjuicio del confesante, ¿con cuánto más motivo no hemos de sostener su ineficacia, respecto á terceras personas, mientras no tengan la debida confirmación?» Los argumentos de Aguilera¹¹⁹, sagaz intérprete de la ley (cfr. art. 406) en relación con nuestro caso famoso, se estrellaron contra el talante inquisitivo de los jueces y el fiscal, fácilmente camuflado ahora bajo el principio, también moderno, de libre apreciación de las pruebas que consagra el código de enjuiciamiento (cfr. art. 741: «el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio... dictará sentencia»)¹²⁰. Ya conocemos en estas páginas el testimonio de juristas contemporáneos que advirtieron sobre la alegre convivencia de las novedades garantistas de 1882 con el mantenimiento de prácticas abusivas, auténticos vicios arrastrados del antiguo régimen judicial (así, el valor atribuido al sumario por la vía de la prueba documental), seguidas normalmente por los tribunales.

A juicio de la acusación popular, del tedioso proceso celebrado con su medio millar de testigos no salió ningún elemento concluyente que permitiese elevar a definitivas las conclusiones provisionales¹²¹. Otra cuestión insólita y legalmente mal resuelta, «pues no tenemos noticia que se haya presentado ante los... [tribunales], ni es fácil que se presente con frecuencia, porque no es posible presumir que una parte sostenga y deje de sostener á la vez la acción penal»¹²². La interpretación aportada por Enrique Aguilera, de quien tomo las palabras citadas, mantenía que la presentación de conclusiones definitivas era una simple facultad que asistía a las partes, sin que su falta perjudicase la condición procesal del acusador. Ni siquiera tendría relevancia la retirada de la acusación durante el juicio (en nuestro crimen se retiró, lo sabemos, el acusador privado), pues bastaban las conclusiones preparatorias para conformar una

¹¹⁹ *Ibid.* II, pp. 1115 ss.

¹²⁰ AGUILERA, cit. (n. 95), II, pp. 1119 ss., sobre si «¿Puede ser eficaz la prueba indiciaria para servir de fundamento á la imposición de la pena de muerte?».

¹²¹ RUIZ GIMÉNEZ cit. (núm. 68), p. 45.

¹²² AGUILERA, cit. (n. 95), II, pp. 1120 ss., de «Virtualidad de las conclusiones provisionales».

suerte de *acta de acusación* que sólo se satisfaría con la prosecución del juicio hasta el final y un fallo de absolución o de condena. La discusión dogmática era interesante (entre otros extremos, llevaba a razonar sobre el carácter público de la acción penal y el derecho del acusado a la sentencia... por más que un auténtico proceso acusatorio «exigiría que retirada la acción en cualquier estado del proceso se extinguiese la facultad de juzgar»), pero servía también para admitir, en contra de los ejercientes de la acción popular, que sus conclusiones provisionales eran suficientes para procesarles por el delito de falsedad previsto en el artículo 340 del Código Penal ¹²³.

Con o sin conclusiones escritas, las partes intervinieron, además, mediante informes orales al término del período probatorio. En este punto el lector de las transcripciones del proceso aprecia dos estilos oratorios, dos diversas mentalidades forenses que, en términos muy generales, reproducen la tensión existente entre el orden de enjuiciamiento antiguo y el moderno proceso criminal que venimos observando en nuestro rápido repaso de materiales judiciales. Así, el fiscal habló según los cánones profesionales que circulaban desde hacía dos generaciones; su larga intervención, abierta con una cita de Horacio en el exordio y cerrada con el patetismo de rigor en el epílogo, tuvo el tono y la estructura aconsejados por la literatura elocuente en uso por los Pérez Hernández, los Pacheco, los López: viejos y grandes abogados fallecidos antes de la revolución que introdujo en los procedimientos criminales la ley provisional de 1872 ¹²⁴. El fiscal Salvador Viada tampoco olvidó la deprecación del contrario, esto es, admirablemente, la parte que ejercía la acusación en ejercicio de la acción popular; la duplicidad ilegítima de sumarios —el judicial y el periodístico, este aireado cada día por la prensa y así instruido en calles y cafés: un ejemplo palpable de perversión indagadora cuando se quebrantaba el secreto— fue el reproche de mayor calado ¹²⁵.

¹²³ RUIZ GIMÉNEZ, cit. (n. 68), pp. 50 ss. El fiscal y las defensas de Varela y Millán Astray pidieron la condena en costas de la prensa; cuando se interpuso casación se conoció además el voto de dos magistrados favorable a proceder contra los periódicos por acusación falsa de los dos mencionados y de María Ávila.

¹²⁴ Cfr. *El crimen de la calle de Fuencarral*, cit. (n. 61), p. 577, con ese exordio: «No desconozco, señores magistrados, el consejo que el sapientísimo Horacio deba en su epístola á los Pisones, á escritores y oradores, cuando decía: “;Súmíte materiam vestris qui scribitis aequam viribus! et meditate diu quid valeant humeri, quid ferre recusent?”. ¡Oh, vosotros, los que escribís y también los que habláis, elegid una materia proporcionada á vuestras fuerzas y medidad durante largo tiempo qué carga pueden sobrellevar ó no vuestros hombros! La carga que sobre los míos pesa, que yo no he elegido, sino que me ha sido impuesta por la dura ley... es sin duda superior a mis escasas fuerzas... Por eso, señores de la Sala, he impetrado vuestra benevolencia...»; esto es, una banalísima *captatio bene uolentiae* que pagaba homenaje a Horacio en su carta *Ad Pisones*. Pero Horacio y su epístola se difundieron en versiones de juristas y políticos famosos (Javier de Burgos, Francisco Martínez de la Rosa, Joaquín Escriche, el Marqués de Gerona...), circunstancia fácil de explicar ante la insistencia de la tratadística forense en aprender con los clásicos y ejercitar las dotes oratorias mediante el acercamiento íntimo a los textos que sólo garantiza la traducción: PETIT, cit. (n. 14), pp. 66 ss.

¹²⁵ «Al propio tiempo que la autoridad judicial instrúa el correspondiente sumario... parte de la prensa hubo de formar á su vez el suyo, llevando á él todos los datos y elementos que pudo

De ese modo se peroraba aún en el foro madrileño a fines de los ochenta, mas también se abría paso por entonces un estilo oratorio más simple y descargado de tropos, desenvuelto sin los clichés traslaticios del *arte*. Si uno de los asesores de la acción popular, el letrado Antonio M.^a Ballesteros, compartía con el fiscal el gusto por la retórica anticuada (acaso estratégicamente oportuna, cuando llegó a pedir con gran aparato verbal –entre continuas amonestaciones de la Sala– el procesamiento de instructor y fiscales por falsedad y prevaricación, nada menos), el principal abogado de la prensa, Joaquín Ruiz Giménez, argumentó la falta de conclusiones definitivas (y la irrelevancia de las continuas confesiones de Higinia como prueba que bastara para su condena) con un verbo forense renovado¹²⁶.

La sentencia condenatoria se produjo (29 de mayo de 1889) en los términos severos pedidos por el fiscal. La suerte de Higinia Balaguer y de Dolores Ávila parecía echada y nadie apostó por el éxito del recurso de casación que la ley ordenaba admitir en el supuesto de condena a pena capital (cfr. art. 947 LECr); el movidísimo recurso sirvió tan sólo para escenificar otra vez el vapuleo de la prensa a manos de la justicia oficial. *El Liberal* de Araús proseguía su campaña, sorteando gracias al jurado varios cargos por delito de imprenta¹²⁷. Los portavoces de la acción popular ofrecieron como único activo, en un embargo por multa de trescientas pesetas, un crédito de honorarios... contra Vázquez Valera, condenado a pagar costas¹²⁸. La tensión entre los acusadores-periodistas y el Tribunal Supremo (de la «injustificada hostilidad que había despertado la novísima institución creada para la intervención ciudadana y la publicidad» habló Ruiz Giménez, p. 55, sobre el art. 101 de nuestro Código procesal en el momento de la casación) fue de tal violencia que Ballesteros y el propio Ruiz Giménez llegaron a denunciar a los magistrados de la Sala Penal, recusándolos posteriormente¹²⁹; nuevas condenas en costas y un abortado intento de recusar al pleno del alto Tribunal fueron otros episodios celeberrimos –ayudaba la presencia de políticos notables (el republicano Nicolás Salmerón, el conservador Francisco Silvela) en apoyo de la prensa y de Higinia– que los diarios mezclaban con los esfuerzos de Augusto Comas, decano de la Facultad de Derecho de Madrid y senador por el claustro universitario de Valencia, para impulsar una nueva ley sobre responsabilidad judicial¹³⁰. Pero la

recoger ya en las calles, ya en los paseos, ya en los cafés, y en los demás lugares públicos, donde era objeto de todos los comentarios y conversaciones el crimen cometido en la calle de Fuencarral» [*El crimen...*, cit. (n. 61), p. 577]. Tiene interés el elogio de la instrucción oral y pública del sumario, con invocación –ya lo vimos (n. 95)– de la autoridad de Luigi Lucchini, realizada en su informe por Cristóbal Botella, abogado de María Ávila: AGUILERA, cit. (n. 95), II, p. 1039, donde también se alaba la acción popular en términos muy próximos al discurso-artículo de Silvela.

¹²⁶ *Ibid.* pp. 588 ss., (Ruiz Giménez), pp. 608 ss., (Ballesteros).

¹²⁷ Cfr. «Tribunales», en *El País*, 24 de febrero de 1890, pp. 3-4.

¹²⁸ *Ibid.* 15 de febrero, p. 3.

¹²⁹ «Tribunales. La acción popular multada», *ibid.* 14 de marzo.

¹³⁰ Vid. cit. n. 129 así como «Responsabilidad judicial», en *El País*, 11 de marzo, p. 1 (con amplia información en días sucesivos). Para RUIZ GIMÉNEZ cit. (n. 68), p. 60, la proposición de Comas (n. 13), calificada como excelente, «en el archivo debe dormir el sueño de los justos».

bonhomía de los letrados y del presidente de la Sala Segunda, el sevillano Emilio Bravo, serenó por fin el ambiente, a pesar de la saña del abogado de Varela durante la vista (26 de abril) de los recursos ¹³¹. La sentencia de instancia fue confirmada ¹³².

El día 19 de julio, a poco más de dos años de cometido el delito, fue ajusticiada Higinia Balaguer en la última ejecución pública a garrote que conoció la Corte ¹³³.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA CAUSA CÉLEBRE Y LOS TEXTOS

Varela salió bien librado de la causa a pesar de las sospechas de media España, pero varios años después otro suceso desgraciado devolvió su nombre a la prensa de Madrid ¹³⁴. Estamos en 1893. En la madrugada del 4 de mayo cayó por un balcón de la calle de Carretas (casa núm. 37, piso 2.º) una tal Antonia López Piñeiro, amante por entonces del hijo crápula de doña Luciana. Según su propia versión, tras una relación tormentosa habían reñido en el cafetín «La Taurina» por cuestión de celos; de regreso a casa, en un arrebato Antonia se arrojó a la calle, falleciendo al instante. Mas ahora un pasado turbio de condenas y procesamientos (parricidio, lesiones, desacato...) parecía clamar contra el incorregible Varela y los expertos médicos opinaron que la defenestración de Antonia no había sido causa de su muerte: el cadáver presentaba síntomas de estrangulamiento. La prueba resultó decisiva. El jurado le consideró culpable de homicidio, y fue condenado a catorce años en el presidio de Ceuta ¹³⁵.

Varela volvió a Madrid y abrió un reputado estudio fotográfico, pero la redención final de este triste exponente de la peor burguesía no tiene por qué interesarnos ¹³⁶. Nuestro asunto son los procesos célebres o, mejor aún, los textos así llamados, exponentes de un género jurídico-literario considerado sin duda «menor» y por eso hoy casi olvidado. Como se trata además de aportar materiales poco conocidos, de combinar creación literaria y narración histórica, periodismo gráfico y escrito, análisis jurídicos y teorías procesales, encuen-

¹³¹ RUIZ GIMÉNEZ cit. (n. 68), pp. 60 ss, con noticia de su cordial entrevista con Bravo en los salones del Casino de Madrid.

¹³² «El crimen de la calle de Fuencarral. La Sentencia del Supremo», en *El País*, 27 de abril, p. 1. Cfr. también *ibid.* «En la cárcel de mujeres», pp. 1 y 2.

¹³³ Cfr. José M.ª PUYOL MONTERO: *La publicidad en la ejecución de la pena de muerte. Las ejecuciones públicas en España en el siglo XIX*, Universidad Complutense (Facultad de Derecho), Madrid, 2001, pp. 169 ss. También pp. 46 ss., con las crónicas de *El Liberal*.

¹³⁴ Cfr. «El proceso de Varela» en *El Imparcial*, 28 de marzo de 1894, con noticias en los días siguientes.

¹³⁵ *Ibid.* 31 de mayo.

¹³⁶ Cfr. LARA cit. (n. 2), pp. 187 ss, aunque se equivoca al situar en la calle de la Montera el crimen de Antonia López.

tra sentido concluir esta larga exposición de un caso particular con la descripción general de las principales colecciones de causas publicadas en España durante el s. XIX¹³⁷.

A los efectos que nos interesan el período se abre con la imponente *Colección de las causas más célebres, los mejores modelos de alegatos, acusaciones fiscales, interrogatorios y defensas, en lo civil y criminal del foro francés, inglés y español. Por una sociedad literaria de amigos colaboradores*, dispuesta en varias series «nacionales» y diversas fechas de publicación entre finales de los Treinta hasta los años Sesenta¹³⁸. Conozco por catálogo versiones mexicanas, con los añadidos del caso¹³⁹. Son tantos los volúmenes y tan variado su contenido que no resulta nada simple describir en dos o tres líneas el panorama abigarrado que ante sí tiene el lector. Digamos sencillamente que esta *Colección* salta por encima de las barreras de tiempo y espacio, indiferente a las circunstancias de una ley en vigor o de un concreto derecho positivo: no sólo se colocan los casos ingleses al lado de los franceses y españoles, formando entre todos una cumplida biblioteca; también encontramos causas de todas las épocas¹⁴⁰ y aún materiales varios que no responden con exactitud al contenido judicial anunciado¹⁴¹. Pudiera pensarse que con tales elementos –característi-

¹³⁷ Pero dejo fuera intencionadamente los *Anales dramáticos del crimen ó Causas célebres españolas y extranjeras extractadas de los originales y traducidas, bajo la dirección de Jose Vicente y Caravantes; ilustradas con grabados intercalados en el texto, que representan las vistas y planos de los lugares donde se perpetró el delito, los instrumentos de su ejecución, y los retratos de los delinquentes y de sus víctimas*, I-V, Impta. de Fernando Gaspar (vol. I) y de Gaspar y Roig, Editores (vols. II-V), Madrid, 1859-1861, que merecerán en otra sede la atención de Jesús Vallejo. Tampoco entraré en Manuel GUILLAMAS GALIANO: *Causas políticas célebres del siglo XIX*, I-II, Madrid, 1845 [esto es, *Causas políticas célebres del siglo XIX, redactadas por una Sociedad de Abogados y Publicistas. Traducción del francés, adicionada con notas y documentos* por Manuel Guillamas Galiano; J. Martín Alegría, Madrid, 1844-1845], que conozco por catálogos: Rafael de GRACIA Y PAREJO-Valentín TORRECILLA y QUIÑONES, *Ministerio de Gracias y Justicia. Catálogo de la Biblioteca formada en virtud de acuerdo de la Comisión Permanente de Legislación Extranjera*, Impta. del Ministerio, Madrid, 1885, n.º 603; cfr. *ibid.* núm. 648: *Causas politiques célèbres du dix-neuvième siècle, redigées par une Société d'Avocats et de publicistes*, I-IV, París, 1821-1828.

¹³⁸ Utilizo la copia existente en la Biblioteca del Colegio de Abogados de Barcelona, signatura 499-119, donde las series se han formado con tomos de varias ediciones: por ejemplo, la española se abre con un tomo I, Imprenta de Jaime Repús y Roviralta, Barcelona, 1861, cerrándose con el X, Imp. de Ignacio Estivill, 1849; en este mismo sentido, la parte francesa de la Biblioteca combina una «segunda edición» con la primera: *vid.* allí I, Estivill, Barcelona, 1845-X, Estivill, Barcelona, 1836. Cfr. además Jesús Lalinde, «Vida forense española (siglos XVIII-XIX)», en *Anuario de Historia del Derecho Español* 69 (1999), 9-62, descripción de los procesos españoles de esta colección al objeto de «divulgarla, esto es... ofrecer una noticia amplia de su contenido» (p. 9).

¹³⁹ Cfr. *Colección de las causas más célebres, los mejores modelos de alegatos, acusaciones fiscales, interrogatorios y defensas, en lo civil y criminal, del foro francés, inglés, español y méjicano*, Tip. de J. Escalante, México, 1854.

¹⁴⁰ Sin salir de la serie nacional, parece que diese lo mismo la «Causa de don Carlos de Austria, príncipe de Asturias, condenado a muerte por su padre Felipe II Rey de España», I, pp. 28 ss., que procesos de rabiosa actualidad, y así el caso de Ángel de la Riva por regicidio en 1847, X [1849], pp. 109 ss.

¹⁴¹ Como un «Discurso [sobre el duelo] leído en la Academia de Jurisprudencia de Fernando VII en Madrid», publicado en la serie española (I, pp. 316 ss.). También allí (pp. 266-267), el

cos del género en estudio— la *Colección de las causas más célebres* es un centón de textos que sirven para aupar el caso francés, secularmente más trillado, o la (breve) serie inglesa hasta librerías españolas que también encontrarían satisfechas, con diez extensos volúmenes, sus apetencias nacionales; pudiera estimarse, en suma, que todos esos tomos ofrecen un florilegio de truculencias varias para consumo literario en el gran siglo de la novela —poco o nada vinculado a los intereses de lectores jurídicos. También resulta patente la intención ideológica de los «redactores»: algún nombre conocido de las filas progresistas (el principal responsable de la colección fue Pascual Madoz, ministro de Hacienda durante el Bienio; aparece también un Ramón Croche, y hay alegatos de José Ordás y AVECILLA o Joaquín María López)... con un constante intercambio de papeles entre los de redactor, acusados y defensores¹⁴². Y sin embargo, la obvia valencia política o la eficacia narrativa me parecen el mero envoltorio de un pensamiento jurídico más profundo.

En primer lugar, las causas célebres de la *Colección* desempeñaron un utilísimo papel a modo de antología de discursos forenses, una biblioteca de retórica de abogados para leer con fines educativos. Algunas de las obras que ahora consideramos —incluso de forma exagerada— no dejaron de destacar el extremo¹⁴³, que aparece en estos tomos de Barcelona, sobre todo en el «Prólogo de los Redactores» al abrirse la serie francesa¹⁴⁴.

Seguramente esa vocación didáctica tiene que ver con una segunda característica de la *Colección* que comentamos. Me refiero a la creencia en la unidad de la profesión forense más allá de las fronteras del Estado y de la propia ley nacional, sobre la base de sus nobles orígenes y de un empeño cívico compartido. La figura de Cicerón, una referencia constante para los letrados liberales a juzgar por las obras producidas para formarlos¹⁴⁵, ejerció una generosa pater-

real decreto de 31 de octubre de 1833, que rehabilita el buen nombre de Rafael del Riego, así como el informe de los fiscales Campomanes y Moñino sobre el destino de los bienes de los jesuitas tras la expulsión de 1767 (pp. 343 ss.).

¹⁴² Baste leer (VII, Estivill, Barcelona, 1846) la «Causa criminal formada de oficio contra los Escmos. Señores D. Joaquín María López y D. Manuel Cortina, y los Señores D. Pascual Madoz, D. Juan Antonio Granica... por sospechas de complicidad en el alzamiento de la ciudad de Alicante verificado en veinte y ocho de enero de 1844» (pp. 5 ss.).

¹⁴³ Cfr. *Dramas judiciales* (1849) cit. *infra*, «Al lector», v-vii, p. vi: «para los hombres que se inauguran en la práctica del foro, para aquellos también que hacen un estudio, por decirlo así, anatómico de las enfermedades morales de la especie humana... [este libro es] un manantial de preciosas consideraciones que se rozan con todas las grandes cuestiones filosóficas y humanitarias».

¹⁴⁴ *Colección de las causas más célebres* cit. I [serie francesa], Estivill, Barcelona, 21845, 3-13; cfr. pp. 4-5: «cuan necesario sea pues, el arte de la elocuencia para desempeñar dignamente la nobilísima y respetable profesión del foro tan antigua como la magistratura, tan noble como la virtud y tan indispensable como la justicia, deja fácilmente conocerse, si se considera, que el abogado debe pintar frecuentemente el vicio y el crimen, la virtud y la inocencia, moviendo los resortes de la sesibilidad, y hermoseando sus pensamientos con las flores y rasgos de la imaginación»; *vid.* aún p. 5, donde los redactores recordaban las obras generales de Blair, Company, el cardenal Mauri y, en especial, de Pedro Sáinz de Andino, «que además de escribir, como los anteriormente citados, las reglas de elocuencia en general, traza con solidez y primor el carácter peculiar del orador del foro».

¹⁴⁵ PETIT: *Discurso* cit. (n. 14), pp. 78 ss. En nuestro caso, el descubrimiento del Cicerón orador, un fenómeno cultural coetáneo al Estado liberal, significó además la aparición de versio-

nidad, coronada con el establecimiento de sólidos lazos fraternales entre los colegas de cualquier país cultivado. Y por estas razones, ciertamente expresas en la *Colección* ahora comentada¹⁴⁶, se explican a mi entender las frecuentes traducciones de material judicial y los estudios comparados sobre el régimen y la práctica de la abogacía: una notable batería de textos¹⁴⁷, tan olvidada como las causas célebres que ahora estudiamos. Probablemente el concepto de *celebridad*, referido a casos judiciales lo mismo que a ciertos abogados ilustres, contenga la clave que nos deje unificar discursos de apariencia diversa, y reconstruir con ello una cultura profesional que encontraría en este «comparativismo» rudimentario uno de sus ingredientes principales¹⁴⁸.

De aceptarse la interpretación anterior podemos finalmente comprender el sentido propio de nuestro género de las causas, presente en las bibliotecas de los abogados ingleses, españoles, italianos¹⁴⁹, mas también se explicaría el predominio de Francia –la matriz de ese género¹⁵⁰– y el prestigio universal de su literatura jurídica: la nación vecina representaba la mejor continuidad, por eso elevada a la categoría de «modelo» (*i.e.* el caso francés como paradigma de modos y maneras del *foro moderno*), de la tradición elocuente de la vieja Roma. Y pudo entonces proclamarse en una difundida obra italiana que «il foro francese è un tipo a sé, continuazione e trasformazione dell'italiano antico [Roma], tronco diramatore dell'italiano moderno... nel secolo XVI... la scienza

nes españolas debidas al esfuerzo de abogados: por ejemplo, Sandalio Díaz Tendero y Merchán, traductor del «Discurso en defensa de Publio Quintio» en el vol. XI (1897) de las *Obras Completas de Cicerón*, de la «Biblioteca Clásica» de Luis Navarro; cfr. Marcelino MENÉNDEZ Y PELAYO: *Bibliografía hispano-latina clásica* (1902): II (Catulo-Cicerón), CSIC, Madrid, 1952, pp. 425 ss.

¹⁴⁶ Cfr. I [serie francesa] cit. (núm. 144), pp. 8 y 9: «Pudiera creerse infructuosa la presentación de aquellas cuestiones ventiladas en país extranjero, pero no puede prescindirse ni tampoco desconocerse la grande analogía que se observa en las leyes civiles de todas las naciones cultas... el estudio principal de la jurisprudencia en España, Francia é Inglaterra se ha hecho en los autores clásicos del derecho romano...».

¹⁴⁷ Baste alegar, como ejemplo de traducción-adaptación (fue la regla) de Mr. DUPIN: *La abogacía ó el arte del abogado, obra sacada de la que con el título de la Profesión de Abogado, escribió en francés el célebre jurisconsulto...* por Don Pablo Campos Carballar, Impta., Madrid, Alegría y Charlain, 1842. Entre los acercamientos comparativos, Jules LE BARQUIER: *Le barreau moderne, français et étranger*, Marchal, Bieland et Cie., París, ²1882; L. GONZÁLEZ REVILLA: *La Justicia y el Foro en las legislaciones comparadas...*, Góngora, Madrid, 1906.

¹⁴⁸ Cfr. por ejemplo, Cristina VANO: «Hypothesen zur Interpretation der *vergleichenden Methoden im Arbeitsrecht*», en Reiner SCHULZE (hrg.), *Deutsche Wissenschafts- und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 203-222; de la misma, «Una collezione ritrovata di allegazioni forensi», en Aldo Mazzacane-Cristina Vano (curs.), *Università e professioni giuridiche in europa nell'età liberale*, Jovene, Napoli, 1994, pp. 405-520.

¹⁴⁹ Bege BOWERS NEEL: *Lawyers on Trial: Attitudes Towards the Lawyer's Use and Abuse of Rhetoric in Nineteenth-Century England*, Diss. The University of Tennessee, Knoxville, 1984; Robert A. FERGUSON: *Law and Letters in American Culture*, University Press, Cambridge, Mass. Harvard, 1984; Pasquale BENEDEUCE: *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Il Mulino, Bologna, 1996; PETIT: *Discurso* cit. (n. 14), *passim*.

¹⁵⁰ Cfr. Aldo MAZZACANE: «Letteratura, processo e opinione pubblica. Le raccolte di cause celebri tra bel mondo, avvocati e rivoluzione», en *Rechtsgeschichte* 3 (2003), 70-97.

del diritto passò dall'Italia in Francia, sia pure per opera di un italiano, Andrea Alciato. Ed ivi trovò terreno propizio a sviluppare l'avvocatura»¹⁵¹. Desde esta perspectiva, más allá del éxito indudable de la codificación napoleónica, la abogacía francesa, conocida gracias a las colecciones de sus causas, resultaba la heredera legítima de la mítica abogacía romana (*i.e.* el *foro antiguo* de los tratadistas) y ofrecía a todos los colegas europeos un cuadro común de referencias: los Dupin, Berryer, Favre... y tantos otros maestros modernos de la palabra se añadieron a los clásicos Demóstenes y Cicerón como ejemplos vivos y autores que dominaron la educación de abogados hasta la segunda mitad del siglo.

Sería muy interesante continuar con el examen de la *Colección de las causas más célebres...* donde hallamos tantas y tan útiles enseñanzas, pero la economía de esta contribución me costrañe a una brevedad puramente bibliográfica. Por razón de fecha sigue otro título mucho más ambicioso que su volumen y contenido. Son los *Dramas judiciales. Causas célebres y correccionales de todas las naciones del globo*, Madrid, Establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera (Biblioteca de Jurisprudencia y Legislación), 1849, 571 pp.+ índice. Sin indicación de fuentes ni claros objetivos jurídicos, me parece el texto menos moderno, esto es, la obra más cercana a aquellas primeras muestras de una literatura destinada al disfrute popular. Por supuesto, no extraña ver –también ahora– combinadas épocas y geografías con alegre libertad: tanto monta una causa política contemporánea (cfr. «Proceso de Luis Napoleón Bonaparte», pp. 55 ss.) que unas noticias exóticas salidas del más llamativo pintoresquismo (cfr. «Proceso y ejecución de Chang-Kang, sobrino y favorito del emperador de la China: 1827», pp. 312 ss.), y por eso mismo traslaticias¹⁵². Con ausencia de elementos técnicos en sus páginas, no hallamos lógicamente el escrúpulo profesional «comparativo» que antes analizamos. Tampoco se recogen casos nacionales en una obra donde lo *español* se ha reducido al idioma de publicación de un mero ramillete de curiosidades; no sería muy difícil descubrir la versión original si tuviéramos el tiempo suficiente para emprender una investigación específica. Por eso me resulta fuera de lugar presentar estos *Dramas judiciales...* como cosa «nueva en su género», ni siquiera para el caso en que un lector contemporáneo quisiera buscar entre sus páginas «una enseñanza muy útil», extensible a las reformas requeridas por la sociedad (cfr. «Al lector», p. v). Cuando hace su aparición esta obra media Europa vivía aún una oleada revolucionaria de transformaciones sociales que tocaron de cerca el derecho del proceso¹⁵³, pero nada nos indica ahora que las protestas del anónimo prologista atisbaren mínimamente el nuevo horizonte democrático.

¹⁵¹ Cfr. BENEDEUCE cit. (n. 149), pp. 149 ss., de «L'archetipo dell'avvocato moderno»; pp. 151 y 152, con la cita recogida, procedente de la voz «Avvocati e procuratori» del *Digesto italiano*, firmada por Cavagnari y Caldera.

¹⁵² Cfr. «Causa y ejecución de Chang-Kang, sobrino y favorito del emperador de la China. Peking, 1827», en *Anales dramáticos* cit. (n. 137), IV, 389-391.

¹⁵³ Cfr. Martin KIRSCH-Piero SCHIERA (hrg.), *Verfassungswandel um 1848 im europäischen Vergleich*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

Pasemos a un tercer ejemplar. *Nacionales pero históricos* son los procesos que publicó unos años más tarde el Conde de Fabreuer, *Causas célebres históricas españolas, por el Excmo. Sr. ...* Madrid, Establecimiento tipográfico de D. F. de P. Mellado, 1858. 436 pp. El elenco de títulos que orgullosamente exhibía el recopilador («ex-ministro de los Tribunales Supremos de Guerra y Marina, Órdenes y Cruzada, antiguo ministro del Consejo de Castilla, etc. etc.») nos demuestra que el buen conde era un hombre de otra época, y no se requiere mucha imaginación para entender que su colección de causas también lo fuera. No me refiero simplemente a que el caso más moderno corresponda al juicio de don Rodrigo Calderón, la mano derecha del duque de Lerma (1621)¹⁵⁴; en estas páginas la reconstrucción histórica (se extractan documentos originales y está en uso la *Historia* de Modesto Lafuente) predomina sobre la información jurídica.

Continúa el siglo con los *Anales dramáticos del crimen* (1859-1861), mas ahora, según cuanto advertí antes, tenemos que concluir con la última gran colección del siglo, aquella donde se publicó, adornada de excelentes comentarios y con notable rigor editorial, la célebre causa del crimen de doña Luciana Borcino. Se trata de unas *Crónicas de tribunales españoles...* veinte tomos de varia envergadura (a veces, simples folletos) aparecidos entre 1883 y 1889 y en Madrid, a cargo de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Su título cambiante no facilita la consulta¹⁵⁵, abriéndose además serie aparte con «los procesos de la Mano Negra», pero, en cualquier caso, esta «colección de causas... que viene publicando la Biblioteca Jurídica de la Revista de Legislación y Jurisprudencia desde que se implantó en España el juicio oral y público», según anuncio del tercer volumen perteneciente a la serie aludida¹⁵⁶, presenta características propias que diferencian esta obra de las anteriormente examinadas. Ante todo, sus pretensiones exquisitamente jurídicas. Las fechas de la publicación discurren entre la aparición de la ley de enjuiciamiento criminal y nuestro famoso crimen (que ocupa los volúmenes XIX y XX, últimos de la colección), ofreciendo así una rica documentación que cubre los primeros años de vida del código procesal. La sede y el contenido de los libros –transcripciones completas de las vistas y reproducción de sumarios (en ocasiones), con comentarios dog-

¹⁵⁴ Advierto, sin embargo, que los abogados liberales recordaron una y otra vez el ajusticiamiento de Calderón, lo mismo que el proceso de Antonio Pérez varias décadas antes, al presentar sus procesos políticos: cfr. «La Redacción», en *Colección de las causas más célebres...* cit. IX, Estivill, ca. Barcelona, 1849, 277-288, p. 277.

¹⁵⁵ Para la *Bibliografía española* de Manuel TORRES CAMPOS cit. (n. 5), p. 105, se trata de *Procesos célebres. Crónica de Tribunales españoles*. Publicación de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. En el *Catálogo de la Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona*, Barcelona, 1908, p. 333 («Pleitos y causas célebres»), institución donde he consultado la obra (varias firmas, por ejemplo 271-50), el título sería *Biblioteca de procesos célebres*. Recomiendo una búsqueda por fecha y casa editorial de estos materiales, que seguramente aparecieron por entregas más o menos relacionadas con la suscripción a la *Revista*.

¹⁵⁶ Cfr. *Los procesos de la Mano Negra*, III. *Audiencia de Jerez de la Frontera. Proceso seguido contra Juan Galán Rodríguez por asesinato de Juan Núñez Chacón y María Labrador, y homicidio de Manuel Román Ortiz*, Impta. de la Revista de Legislación, Madrid, 1883. El editor responsable (firma la «Introducción») es Agustín Sáez Domingo.

máticos a cargo de los respectivos editores— hacen de las *Crónicas* un auténtico manual de derecho procesal aplicado, así reservado al alcance de los especialistas; eso explicaría también la ausencia de materiales históricos y la indiferencia hacia las causas famosas del foro extranjero.

Nos encontramos en los años Ochenta, cuando el arquetipo del jurista perfecto, encarnado por aquel letrado elocuente que se supo hijo de Cicerón y así hermano de sus colegas franceses y británicos, ha cedido el paso al orgulloso profesor de Derecho: nuevo responsable, con su incesante tarea de escritura, de llevar a buen puerto un proyecto de *ciencia jurídica* nacional¹⁵⁷. Me resulta evidente sin embargo que las *Crónicas de tribunales españoles* no respondieron a las hipotéticas formas modernas que reclamaría el declive de la clase profesional del foro dentro de un inédito contexto *científico*; en realidad, los veinte tomos de causas de la *Revista General* sólo pueden ser adscritos a la literatura que nos concierne si definimos de un modo muy laxo sus posibles especímenes, hasta hacerlos coincidir con cualquier relato que tome un pleito o un delito reputado famoso como marco de referencia que daría cuerpo a la narración. En ese sentido tan dilatado, los pliegos de cordel y las colecciones hasta aquí examinadas, pero aun novelas y cuentos de asunto criminal —un gran hallazgo de los tiempos estatales¹⁵⁸— serían discursos pertenecientes al género de la causa célebre, donde también encajaría la copia de un sumario o la exacta transcripción de un juicio... siempre y cuando se lanzaran para consumo del *público* en atención, precisamente, a su *celebridad*.

Ahora bien, con la excepción del crimen de la calle de Fuencarral, los demás casos sacados por la *Revista* no gozaron de particular relieve. O acaso respondieron a crímenes muy notorios, pero no fue semejante notoriedad popular la razón de publicarlos. Si todo proceso es un relato¹⁵⁹, también el proceso penal es institución que toca muy de cerca derechos, y el único instrumento jurídico para la aplicación regular de las penas: este segundo motivo justificó, en mi opinión, la aparición de las *Crónicas de tribunales españoles*. Más o menos célebres estas causas, el interés editorial puso siempre el acento en señalar omisiones¹⁶⁰, advertir corruptelas¹⁶¹, evitar vicios de procedimien-

¹⁵⁷ PETIT: *Discurso* cit. (n. 14), por ejemplo pp. 43 ss, pero también puede ser útil revisar «El catedrático» cit. (n.76), pp. xcvi-ss.

¹⁵⁸ Cfr. Jorge Luis BORGES: «El cuento policial» (1979), en *Borges oral*, Alianza (Biblioteca de Autor, 00015), Madrid, 32003, 62-81.

¹⁵⁹ Y así los editores de la *Revista* reconocían que «el proceso de la Parrilla, aparte de su importancia científica, tiene un verdadero carácter novelesco... se desarrollan en él problemas de grandísima importancia social y jurídica en un hecho interesantísimo, acompañado de toda clase de episodios, desde el más dramático hasta el risible, ofreciéndose al estudio verdaderos tipos, caracteres psicológicos dignos de detenido examen» (cfr. *Los procesos de la Mano Negra*, II. *Audiencia de Jerez de la Frontera. Proceso contra Pedro Corbacho... por asesinato de el Blanco de Benaocaz. Sumario. Juicio oral. Sentencia*, Impta. de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, p. ix).

¹⁶⁰ «La legislación penal de España resulta algún tanto deficiente en materia tan importante, como es la de codelincuencia», leemos por ejemplo a propósito del crimen de la Parrilla cit. (n. 159), p. x.

¹⁶¹ En el proceso de Galán cit. (n. 156) la defensa luchó denodadamente, hasta renunciar al uso de la palabra en el informe oral por menoscabo del derecho a la libre defensa, contra la decla-

to¹⁶². Seguramente la edición fue también muy útil para transmitir a neófitos la gastada retórica del foro¹⁶³, mas se trataba ahora de inculcar la cultura nueva del juicio oral y público («el mayor adelanto realizado en nuestra legislación después del período glorioso para nuestra historia legislativa del año 1870») cuando todavía había que superar las resistencias *inquisitivas* de amplios sectores de las clases jurídicas¹⁶⁴.

Mucho hemos avanzado, pero la cultura del proceso acusatorio se encuentra todavía pendiente de completa realización. ¿Qué pasaría hoy si descubriéramos, un buen día de verano y en el número 109 de la calle de Fuencarral, el cadáver medio quemado de doña Luciana Borcino?

CARLOS PETIT

ración sumarial del imputado, alegando su tortura a manos de la Guardia Civil. Cfr. pp. 90 ss., para los incidentes durante el informe; p. 106, con los considerandos 17 a 21 de la sentencia.

¹⁶² De hecho, en el caso de la nota anterior hubo que razonar el valor de los informes orales en relación a las conclusiones escritas, para soslayar el obstáculo de la negativa a informar del abogado de Galán, José Eleuterio Herrera.

¹⁶³ Me remito, a modo de ejemplo, a la intervención del fiscal Pascual Domenech en el crimen de la Parrilla cit. (n. 159), con su *captatio bene uolentiae* («otra vez viene el Fiscal á cumplir con el penoso deber que su cargo le impone, y en verdad que hoy más que nunca se lamenta de su falta de elocuencia para tratar como se merecen las gravísimas cuestiones que entraña este proceso», p. 237) o las *amplificationes* utilizadas para referirse al padre de un imputado («mientras tanto el anciano padre de Bartolomé Gago Campos, ese venerable anciano que el tribunal tuvo ocasión de ver, ese modelo de virtud, ese resto venerando de nuestras tradiciones, ese excelente padre que no podía comprender que un hijo le faltara...», p. 244).

¹⁶⁴ «Este proceso», opinó el estudioso del crimen de la Parrilla cit. (n. 159), «muy bien puede servir de modelo para estudiar en él el Enjuiciamiento que tiene por base la oralidad y publicidad... Por sí sólo sería bastante para aplaudir la reforma y darla por aclimatada; sin embargo, como aún tiene enemigos, necesario es al estudiar prácticamente los procesos como aquí lo hacemos, insistir en las ventajas que estos demuestran a favor de tal procedimiento, que bien puede calificarse como el mayor adelanto realizado en nuestra legislación después del período glorioso para nuestra historia legislativa del año 1870» (p. xiv). En el informe del fiscal Domenech se realizó una loa a la confesión (sin entrar, ahora tampoco, en las torturas que denunciaron los reos), pues «mientras no se demuestre que la confesión hecha en el sumario no debe ser creída, esta confesión tendrá por lo menos tanta fuerza como lo que del juicio oral resulte» (p. 248).

Los límites territoriales en el derecho histórico. Su fijación en la legislación y en la jurisprudencia *

SUMARIO: Consideraciones previas.–I.1. Las visitas de términos a cargo de los Corregidores. Los libros de visitas. 2. La alteración de las líneas de términos. Los privilegios de villazgo y las segregaciones de territorios. 3. Las visitas de términos practicadas por las autoridades concejiles. 4. La importancia de los elementos naturales o geográficos y de las construcciones (molinos, ventas, etc.), en la definición de las líneas de términos. 5. Los deslindes de montes, hierbas o pastos versus deslindes de jurisdicción. Las Ordenanzas comunes de pastos y leñas entre concejos. 6. La resolución de los conflictos en orden a la delimitación de los espacios de jurisdicción o de aprovechamiento asignados a los concejos.–II. La fijación de los límites divisorios en la España liberal. La continuidad y tradicionalidad de los deslindes. 1. La necesidad de fijar los límites provinciales y municipales tras las reformas introducidas en la administración: el decreto de 23 de diciembre de 1870 y el Real Decreto de 30 de agosto de 1889. 2. La jurisprudencia en materia de deslindes (1845-1930): la importancia de los *deslindes encadenados* y de los *deslindes históricos*. La doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo.

La indeterminación de los espacios territoriales asignados a las ciudades, villas, concejos, o a las distintas jurisdicciones independientemente de su carácter real o señorial, ha sido causa de una frecuente conflictividad que se ha planteado a lo largo de los distintos momentos históricos¹. Si los siglos medievales pueden caracterizarse por la indefinición de los límites territoriales asignados a los concejos, o por las usurpaciones de sus términos concejiles por

* Este trabajo se beneficia de la ayuda del Programa sectorial de promoción del conocimiento BJU2000-1179. Una primera y muy reducida versión del mismo se publica en *EDADES. Revista de Historia*, vol. 11, 2003, pp. 189-209.

¹ Al efecto véase para la Baja Edad Media castellana, el amplio y riguroso trabajo de POLO MARTÍN, R.: «Términos, tierras y alfores en los municipios castellanos de fines de la edad media», *AHDE*, LXXII (2002), pp. 201-322.

parte de nobles o señores, en ocasiones con la aquiescencia o pasividad de los reyes, no parece que la situación mejorase en los siglos modernos, pese a la adopción de distintas medidas legislativas que a la postre se mostraron no siempre eficaces.

En tal situación de indefinición, la nueva administración nacida de los cambios políticos del siglo XIX, acometió la fijación de los límites territoriales para definir el ámbito de jurisdicción que correspondía a las nuevas autoridades. En ese momento se recurrió a los límites históricos consignados en las visitas de términos o de jurisdicción y en los deslindes documentados en las correspondientes actas, como modo de zanjar las disputas entre los nuevos ayuntamientos y provincias.

CONSIDERACIONES PREVIAS

De la indefinición de los límites territoriales y de la usurpación de tierras y de la insatisfactoria resolución de los conflictos planteados², dan muestra la copiosa actividad de las Cortes del reinado de los RRCC, e incluso después, a causa del incumplimiento de lo ordenado en las Cortes de Toledo de 1480³.

El Ordenamiento toledano se hizo eco de las quejas y peticiones planteadas ante las Cortes, arbitrando un procedimiento sumario para la resolución de los conflictos que enfrentaban a los concejos. Al efecto dispuso que la apelación de las sentencias dictadas por los jueces de términos que en nombre del monarca resolvían los conflictos en primera instancia, fuesen conocidas por el propio Rey o por el Consejo Real, en clara manifestación del interés regio en resolver este tipo de conflictos. Al efecto, la Ley 82 de las Cortes de Toledo de 1480 dispuso lo siguiente:

«... e por que estas causas de términos ayan más breve expedición, mandamos a las partes que interpusiesen apelación o se agraviaren de las dichas sentencias o mandamientos que sobre ello fueren dadas, que parezcan ante nos en el nuestro Consejo en el término del derecho, e prosiga su causa si quisieren, e entre tanto otro juez ni jueces algunos de la nuestra casa e corte e chancillería no se entrometan de conocer de los tales pleitos ni demandas ni empachen el conocimiento e ejecución de ellas a los jueces ejecutores que nos, sobre las tales causas hubiéramos dado»⁴.

² Respecto de la indefinición del territorio de las Comunidades de Villa y Tierra tras la repoblación de los grandes concejos, véase MARTÍNEZ LLORENTE, F. J.: *Régimen jurídico de la Extremadura castellana medieval. Las Comunidades de Villa y Tierra (S. X-XIV)*. Valladolid 1990, en especial desde p. 273.

³ POLO MARTÍN: «Términos, tierras y alfoces en los municipios castellanos...», *loc. cit.*, pp. 241 ss.

⁴ *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla, publicadas por la Real Academia de la Historia*. Tomo IV, Madrid, 1882, pp. 157 ss. El Ordenamiento de Toledo tuvo en el reinado de los Reyes Católicos una importancia decisiva como instrumento de «refundación» del régimen político de los Reyes Católicos, después de la larga crisis bajomedieval castellana. Así lo entiende

Era una manifestación más de «la mayoría de justicia» del Rey, que se reserva el conocimiento de los asuntos de especial relevancia, dada la magnitud de «los desposeimientos ilícitos y a menudo violentos» que se produjeron en el reinado de los Reyes Católicos⁵. Ahora bien, resulta discutible si tales medidas resultaron o no eficaces. Las instrucciones recibidas por los Corregidores en relación a la vigilancia de los términos concejiles y recordadas con reiteración en sus títulos de nombramiento, así como las numerosas peticiones presentadas por los Procuradores ante las Cortes reunidas por Carlos I, inducen a pensar que los conflictos, lejos de resolverse, seguían latentes en la primera mitad del siglo.

1. LAS VISITAS DE TÉRMINOS A CARGO DE LOS CORREGIDORES. LOS LIBROS DE VISITAS

La figura del Corregidor, cuyo desarrollo institucional se alcanzó en el reinado de los Reyes Católicos, aparece asociada al sistema de gobierno implantado en la Corona de Castilla desde una concepción próxima al absolutismo. Este mismo oficial asumirá un papel de relieve en la definición de los espacios asignados a concejos y ciudades como garante de la vigilancia de los términos de las distintas jurisdicciones. La delimitación precisa de los espacios territoriales atribuidos a las distintas jurisdicciones, constituye el presupuesto previo y necesario para la fijación del ámbito geográfico sobre el que el Corregidor desempeña sus funciones jurisdiccionales, a la vez que define el espacio a efecto del pago de las contribuciones y repartimientos entre sus vecinos.

La consolidación del oficio de Corregidor a lo largo de este reinado vino acompañada de una pragmática dada por los Reyes Católicos el 9 de julio de 1500, aprobando unos capítulos o instrucciones para Corregidores y Jueces de Residencia⁶. En estos capítulos, los Corregidores se afianzan como pieza clave de la política regia, con proyección en el ámbito de las ciudades. A su vez, esta pragmática que no fue producto de la improvisación, sino de una ges-

Garriga, para quien además, el Ordenamiento «encarna el ideario de concentración o centralización política y desarrollo institucional al servicio del absolutismo regio que aquellos monarcas trazaron como objetivo de su programa de gobierno, movidos a la sazón por un impulso más restaurador que innovador». GARRIGA ACOSTA, C.: «Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla», *AHDE*, LXI (1991), p. 361.

⁵ POLO MARTÍN: «Términos, tierras y alfoques...», *loc. cit.*, p. 224. Según esta autora, antes del Ordenamiento de las Cortes de Toledo, Juan II en las de Zamora de 1432, había ordenado el envío a las ciudades afectadas de unos jueces encargados de resolver las reclamaciones sobre términos usurpados. Ante la ineficacia de la medida, el mismo Juan II, en las Cortes de Valladolid de 1451, reiteró el envío de jueces de términos a las ciudades, cuyo salario habría de ser satisfecho por las mismas ciudades, lo que obligó al reparto de derramas extraordinarias, con las subsiguientes quejas de los vecinos (p. 225).

⁶ Estos capítulos están recogidos en la *Nueva Recopilación* (libro 3.º, tít. VI, ley 1.ª ss.). Han sido publicados por GONZÁLEZ ALONSO, B.: en *El Corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970. Apéndice 1.º, pp. 299 ss.

tación reflexiva durante años, forma parte de los mimbres legales de una política regia más ambiciosa, tendente a dar estructura al nuevo Estado y a la mejora de la administración de la justicia⁷.

Entre las obligaciones que asumen los Corregidores se encuentra la visita de los términos jurisdiccionales, según se dispone en el capítulo VI de las instrucciones recibidas:

«...y asimismo visiten todos los dichos términos de la ciudad, villa o tierra que fuere a su cargo, sin llevar por ello salario alguno y vean si hay otros términos ocupados en que no haya habido sentencias; y si los ocupadores fueren de su jurisdicción, conozcan de ellos, según el tenor de la dicha Ley, hasta los hacer restituir...».

Ordena también la visita de «las villas, e lugares de la tierra que estuviere a su cargo, en persona, una vez al año, y se informe cómo son regidas, e cómo se administra la justicia, y cómo usan los oficiales de ellas de sus oficios...»⁸.

Como quiera que la visita anual podría comportar gastos cuantiosos, a la vez que distraer a los Corregidores de sus ocupaciones de gobierno y justicia, por pragmática de Felipe III de 1618 se mandó que la visita se practicara una sola vez durante el tiempo de desempeño del oficio de Corregidor, pese a lo dispuesto en la ley recopilada⁹.

Unos nuevos Capítulos para Corregidores dados en el reinado de Felipe IV en 1648, inciden una vez más, en la necesidad de practicar la visita de mojones. Ordenada en el capítulo primero de las instrucciones dadas a los Corregidores, refleja la preocupación del monarca en una cuestión que no tiene visos de quedar resuelta, pese a las sucesivas disposiciones dictadas desde el Ordenamiento de Toledo de 1480¹⁰.

La importancia de la visita de los términos de las villas y ciudades fue destacada por Castillo de Bovadilla en su *Política para Corregidores...*¹¹, como una manifestación más, pero siempre importante, de la actuación jurisdiccional del Corregidor sobre el territorio sometido a su vara de justicia, si bien admite

⁷ Así lo entiende GONZÁLEZ ALONSO: *El Corregidor...*, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

⁸ GONZÁLEZ ALONSO: *El Corregidor...*, *op. cit.*, apéndice 1.º, p. 301.

⁹ Pragmática de 15 de septiembre de 1618, publicada el 11 de octubre de 1618. *A.H.N.* Cons. Lib. 1531, fol. 35. Cfr. GIL AYUSO, F.: *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla, impresos en los siglos XVI y XVII*. Edic. facsímil, con prefacio de GONZÁLEZ ALONSO, B.: Valladolid, 2001, p. 189.

¹⁰ «Ha de visitar el Corregidor por lo menos una vez en el discurso de su oficio los términos del distrito, y renovar los mojones, si fuere necesario y restituir lo que injustamente estuviere tomado, conforme a la ley de Toledo». Capítulo 1.º de las Instrucciones de 1648. Cfr. GONZÁLEZ ALONSO: *El Corregidor...*, *op. cit.*, p. 318. Del mismo modo en la *Instrucción de lo que deberán observar los Corregidores y Alcaldes Mayores*, dada en 1788 por Carlos III (Real cédula e Instrucción de 15 de mayo de 1788), en su capítulo XLIV, se les ordena el reconocimiento ocular de los términos de los pueblos de su jurisdicción, «aclarando los que por malicia o por incuria estuvieren confundidos, para lo cual harán poner las señales y mojones correspondientes». *Ibidem*, p. 375.

¹¹ *Política para Corregidores y Señores de vasallos*. Dos tomos. Amberes, 1704. Edición facsimilar realizada por el Instituto de Estudios de la Administración Local, en Madrid, 1978, con un estudio preliminar de GONZÁLEZ ALONSO: B. Véase libro V, cap. 9.

que tal obligación «descuidadamente se cumple» por los Corregidores, «porque no sienten de cuánto perjuicio es... dejar de practicarla»¹².

Aun así, desde principios del siglo XVI consta documentalmente la práctica de las visitas de términos por parte de estos oficiales regios sobre los distintos corregimientos castellanos, y sobre los territorios sometidos a su jurisdicción. Por lo general, las primeras visitas efectuadas enlazan con los límites asignados a las jurisdicciones en los respectivos fueros o privilegios de jurisdicción, constatándose de esta manera la tradicionalidad en la delimitación de los espacios. Así, el Libro de visitas de jurisdicción de la villa de Castro y Junta de Sámano, dentro del Corregimiento de las Cuatro villas, cuya información resulta decisiva en la delimitación de este espacio con el limítrofe de Trucíos, de las Encartaciones vizcaínas, da testimonio en su primera visita registrada de 1528 que la línea seguida respeta «el privilegio rodado de jurisdicción de la dicha villa de Castro Urdiales», privilegio que define el ámbito jurisdiccional de la villa y de su territorio y que fue confirmado en 1347 por Alfonso XI¹³.

Siendo como era obligatoria la visita de los términos, el hecho de no practicarla en el tiempo de la duración de su mandato, tal como se prescribe en los Capítulos referidos¹⁴, o en la carta de nombramiento del Corregidor¹⁵ y siempre con arreglo a las formalidades exigidas, era motivo de cargo del que debían responder en el obligado juicio de residencia, al finalizar su mandato¹⁶. Del análisis de la documentación conservada sobre estos juicios de residencia practicados a los Corregidores en el siglo XVIII, se observa la escasa eficacia de este mecanismo de control, en un siglo en el que no abundan las sentencias conde-

¹² *Política para Corregidores...* (lib. V, cap. IX, 7).

¹³ Carta de privilegio de Alfonso XI concediendo a la villa de Castro Urdiales jurisdicción desde «la faya de Ontón fasta son de Sámano e fasta Umañas e fasta el Barco de Oreñon», para evitar los daños, robos y desagisados de los malhechores a los que no daban escarmiento los merinos y alcaldes de Vecio». Año 1347, 5 de junio. *Archivo Municipal de Castro Urdiales (en adelante AMCU)*, leg. 41,3. Una transcripción de este privilegio en documento 8, de *El Libro del Concejo (1494-1522) y documentos medievales del Archivo Municipal de Castro Urdiales*. BLANCO CAMPOS, E.; ÁLVAREZ LLOPIS, E.; GARCÍA DE CORTÁZAR, J. A., Santander, 1996. Distintos traslados de este privilegio se encuentran en los pleitos conservados en la Chancillería de Valladolid. Véase, *AChV*. Pleitos civiles. Zarandona y Wals, olvidados. C 86/2. En este expediente obra una copia de 26 de septiembre de 1486, que permite presumir la vigencia del privilegio en el reinado de los Reyes Católicos.

¹⁴ Capítulo XII de *Lo que mandamos que guarden los que van a recibir la residencia*: «Otro sí, que sepa si se han visitado los términos por el Corregidor, y ejecutado las sentencias, según le fue mandado, y asimismo se informe cómo, o de qué manera el dicho Corregidor y sus oficiales han guardado y fecho guardar todo lo que les fue mandado en los capítulos del memorial que se da a los Corregidores...» Cfr. GONZÁLEZ ALONSO: *El Corregidor...*, *op. cit.*, p. 315.

¹⁵ En la carta de nombramiento de Corregidor a favor del licenciado Sánchez de Quesada expedida por Fernando e Isabel el 14 de enero de 1488 se le ordena «que faga juramento solemne de vesyntar á los términos e logares de las dichas villas e meryndad e valle, a lo menos dos veces en el año, sin salario...». *AGS*. Registro del Sello. V, fol. 287, número 2016. Lo transcribe GONZÁLEZ ALONSO como apéndice 8, en *El Corregidor...*, *op. cit.*, p. 389.

¹⁶ *AHN*. Consejos, leg. 7373, 1. *Residencia practicada a los alcaldes del Valle de Camargo. Año 1747*. Entre los cargos que se les imputa se halla el «no haber hecho visita de términos» con la jurisdicción de Santander y Santa Cruz de Bezana.

natorias dictadas contra los delegados regios, a diferencia de lo que permite deducir la documentación de las residencias, y en general de las visitas, practicadas en el siglo XVI.

De la realización de las visitas efectuadas en compañía de los regidores de los términos confinantes, y en presencia de los escribanos de las jurisdicciones reconocidas, queda constancia en el correspondiente libro de visitas que custodia el Corregidor, o el Alcalde Mayor, y que transmite a su sucesor en el cargo en el momento de su «recibimiento» o «entrega de la vara». En los libros se asientan los deslindes practicados, con indicación de la línea de mojones reconocida, de la asistencia de las autoridades concejiles de los términos limítrofes, de la conformidad o disconformidad de la línea visitada, y todo ello en presencia de los escribanos respectivos que levantan testimonio, en acta única, de la visita practicada.

Junto a las visitas, los libros recogen toda la documentación relativa a la demarcación del ámbito jurisdiccional: sentencias de los jueces de términos, concordias o igualas entre los términos confinantes, notificaciones y convocatorias de las autoridades para la práctica del deslinde, incidentes procesales, etc. Con la información que ofrecen estos libros, con la secuencia completa de las visitas de términos practicadas, se acredita la continuidad y tradicionalidad de las líneas divisorias a lo largo del tiempo, lo que confiere a las mismas una virtualidad única en la definición de los límites divisorios a lo largo de la historia.

Pero incluso en los momentos presentes se constata la utilidad de las visitas, puesto que las líneas divisorias históricas en ellas fijadas, ratificadas por la legislación liberal del siglo XIX, se mantienen hoy vigentes, a pesar del tiempo transcurrido. Y todo ello salvo que se haya producido una alteración de las mismas por sentencia judicial o por cualquier otro título suficiente (concesión de villazgo, agregación o segregación de términos, etc.) que justifique la modificación de las líneas establecidas.

2. LA ALTERACIÓN DE LAS LÍNEAS DE TÉRMINOS. LOS PRIVILEGIOS DE VILLAZGO Y LAS SEGREGACIONES DE TERRITORIOS

Además de las visitas practicadas por el Corregidor o los Alcaldes Mayores en el ejercicio de sus funciones ordinarias, la delimitación de los espacios territoriales solía realizarse por jueces de comisión nombrados *ad hoc* por el propio Rey. Así ocurría cuando se producía una alteración del *status* de un territorio respecto de otro, tras la concesión del privilegio de villazgo a favor de una población, con la subsiguiente separación del territorio al que pertenecía. El privilegio de villazgo de 21 de mayo de 1636 que Rueda obtuvo de Felipe IV para «eximir y sacar... al dicho lugar de la jurisdicción de la dicha villa de Medina del Campo», supuso el nombramiento de un juez ejecutor que «con vara alta de justicia», procediese a dar posesión a la flamante villa de «las

insignias correspondientes al nuevo *status*: dar al concejo posesión de la villa, eximirla de la jurisdicción de Medina del Campo, establecer las primeras autoridades, censar el vecindario y amojonar su nuevo término»¹⁷, todo un conjunto de símbolos externos de manifestación de la independencia alcanzada.

De entre ellos, el deslinde del término respecto de los circunvecinos, se plantea como una tarea perentoria al objeto de fijar el ámbito de competencia jurisdiccional de las nuevas autoridades concejiles. Por eso, el amojonamiento del término asignado a la nueva villa se practicó con premura, siendo realizado por apeadores nombrados por el Juez ejecutor y en presencia de las autoridades de los términos confinantes: la villa de La Seca, Tordesillas, Torrecilla, Foncastín y Medina del Campo, su antigua cabeza de jurisdicción¹⁸. Huelga indicar que la labor de delimitación del espacio asignado a la nueva villa, y su medición posterior en varas castellanas, es tarea importante y de notables consecuencias, en tanto que de ella depende la definición del ámbito territorial de la nueva villa, para todo tipo de actuaciones jurisdiccionales y especialmente también para la determinación del «término alcabalatorio», base de las contribuciones fiscales que el nuevo territorio debe satisfacer a las arcas reales.

Si importante es a estos efectos, la delimitación del espacio territorial, más aun resulta necesaria, si cabe, la precisa fijación de términos, cuando un territorio de realengo se integra en los dominios de otro dotado de un régimen jurídico y tributario diferente. En este supuesto se encuentra la incorporación de la villa de Castro Urdiales, su tierra y la Junta de Sámano, pertenecientes todos ellos a la jurisdicción del Corregimiento de las Cuatro Villas de la Costa de la Mar, a los dominios del Señorío de Vizcaya con arreglo al privilegio de integración otorgado el 13 de enero de 1739 por Felipe V¹⁹.

En esta Real cédula se ordenaba al Teniente General de las Encartaciones, como Teniente de Corregidor del Señorío de Vizcaya, pusiese a la villa de Castro Urdiales y su jurisdicción «en posesión de los expresados fueros, franquezas y libertades, y demarcar los límites que comprende vuestro territorio, y son desde los confines de las Nobles Encartaciones, hasta el lugar de Oriñón y illos²⁰ que dividen el Valle de Guriezo...».

Efectivamente, el deslinde de toda la jurisdicción que se integraba en el territorio encartado se realizó en la primavera de ese mismo año, entre los meses de abril y mayo, los más adecuados desde el punto de vista climatológico para su práctica. Y fue el mismo Teniente General de las Encartaciones vizcaínas, y no el Corregidor de las Cuatro Villas, quien como juez ejecutor por

¹⁷ MARTÍNEZ LLORENTE, F. J.: *Rueda: de Aldea a villa. El Privilegio de Villazgo de 1636*. Valladolid, 1987, p. 19.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 22-23.

¹⁹ Privilegio de integración de Castro y su jurisdicción en el Señorío de Vizcaya. *AMCU*, leg. 58, libro 1. Se publica en BARÓ PAZOS, J., ESTRADA SÁNCHEZ, M., SERNA VALLEJO, M.: *De la Junta de Sámano al Ayuntamiento constitucional (1347-1872)*. Santander, 2004, apéndices VI y VII, pp. 218-230; y pp. 231-232, respectivamente.

²⁰ Aunque no contemplado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ilso (a veces iso, o isso) es un término de uso corriente en los territorios más orientales del Corregimiento de las Cuatro villas, y en el Señorío de Vizcaya. Es sinónimo de hito, mojón, cabido, muga.

nombramiento regio practicó la delimitación jurisdiccional del extenso territorio que se integraba en el Señorío, con la asistencia de las autoridades concejiles de los términos colindantes y a la vista de las visitas de términos documentadas en los correspondientes libros de visitas²¹.

Pero la integración en el Señorío de la villa de Castro Urdiales, su jurisdicción y la Junta de Sámano, fue efímera. En 1741, a la vista de las presiones de la burguesía vizcaína ante el Rey por la competencia que suponía a su comercio el puerto castreño, el monarca revocó la Cédula de integración, sancionando la separación del Señorío y la reintegración en la jurisdicción del Corregidor de las Cuatro Villas, dejando a Castro y Sámano «en el mismo ser y estado en que os hallábais antes de la mencionada incorporación, restitución y reintegración al mi Señorío de Vizcaya, sin alteración alguna»²². Eso supuso la plena reintegración territorial en el Corregimiento de las Cuatro Villas, con todos los términos amojonados en 1739, sin que conste se practicase un nuevo deslinde.

Pero de nuevo, en 1745, recayó nueva Real cédula de integración en el Señorío²³, tras una nueva ofensiva de los agentes castreños ante la corte, integración que se mantuvo de una manera más testimonial que efectiva hasta que finalmente en 1763, en tiempos de Carlos III, una nueva Real orden dispuso la definitiva incorporación «a la Real Corona y leyes de Castilla de la villa de Castro Urdiales, su puerto, pueblos de jurisdicción y los de la Junta de Sámano»²⁴. En virtud de esta Real orden, Carlos III ordenó a su Corregidor en las Cuatro Villas que usase de la jurisdicción «en la dicha villa de Castro Urdiales, lugares de su tierra y Junta de Sámano como de la comprensión de vuestro Corregimiento, en la misma conformidad que la tuvieron vuestros antecesores antes del citado Real decreto (que ordenaba su integración en el Señorío)...»²⁵, lo que supuso la reintegración del territorio según el amojonamiento realizado en 1739, y la confirmación del mismo, al no haberse producido alteración alguna de los términos asignados a una y otra jurisdicción.

Si la fijación de los términos de las jurisdicciones cuando se produce un cambio en su *status* es tarea obligada para definir el ámbito de actuación de las autoridades, la misma necesidad se plantea al producirse una anexión o separación de un Reino respecto de otro. La incorporación del Reino de Portugal en 1580, y la posterior separación en 1640, conllevó la práctica de un deslinde de los términos jurisdiccionales entre España y Portugal. Tras la desintegración, las circunstancias del deslinde quedaron fijadas por ambos Estados en el

²¹ El libro con la delimitación del perímetro de la jurisdicción practicada con motivo de la integración en el Señorío de Vizcaya, en *AHPC*, Diversos, leg. 1, 3. Los dos libros de visitas de términos de la jurisdicción de Castro Urdiales y los territorios limítrofes en *AMCU*, leg. 16, 4; leg. 57, 1.

²² Real cédula de integración de 2 de diciembre de 1741. *Biblioteca Municipal de Santander*. Ms. 213.

²³ La Real cédula de 23 de marzo de 1745 en *AMCU*, leg. 58, libro 1.

²⁴ La Real orden de 13 de julio de 1763 en *AHPC*, Laredo, leg. 33, doc. 18; *AHN*, Agrupación de Fondos de los Consejos suprimidos, Consejo y Cámara de Castilla, leg. 3751, exp. 8.

²⁵ La comunicación de la Real orden al Corregidor de las Cuatro Villas el 25 de julio de 1763 en *AHPC*, sección Laredo, 2507.

Acuerdo suscrito en 1668, renovado en el Tratado de Límites de 29 de septiembre de 1864²⁶, y por Convenio entre ambos Estados de 11 de marzo de 1927²⁷.

3. LAS VISITAS DE TÉRMINOS PRACTICADAS POR LAS AUTORIDADES CONCEJILES

Si los Corregidores deben realizar las visitas de términos por todo el perímetro de su ámbito jurisdiccional que confina con las demarcaciones vecinas, la obligatoriedad de realizar las visitas de términos, también alcanza a las autoridades concejiles en el ámbito de su actuación jurisdiccional, en los términos asignados a cada concejo, y según queda dispuesto en las respectivas ordenanzas concejiles. La responsabilidad del reconocimiento de los términos recae en el alcalde ordinario, quien acompañado de otras autoridades del concejo (generalmente dos regidores y el escribano), forman la comisión que practica el reconocimiento de los mojones juntamente con las autoridades concejiles de los términos vecinos.

Del reconocimiento practicado se daba cuenta en el acta que suscribían las autoridades presentes, con indicación de la precisa situación de los mojones, de su estado de conservación, de la necesidad de su reforma o reposición, y de las características de cada uno de ellos para su correcta identificación en visitas posteriores.

Las actas, con indicación de las incidencias acaecidas en cada reconocimiento, se incorporaban a unos libros de visitas, o de deslindes. Como quiera que junto a las actas o testimonios de las visitas se conservaban otros documentos como sentencias, concordias, arbitrajes, contratas, u ordenanzas, estos libros reciben también el nombre de «libros de fe y sentencias»²⁸, o más concisamente, el nombre de «libro de términos» o «libro de concordias» o «libro de contratas», recayendo el deber de su custodia en los escribanos de los concejos, responsables, a su vez, de los archivos concejiles donde se conservaban.

Habitualmente los libros con las visitas efectuadas eran llevados por los escribanos a los reconocimientos de términos, con el designio de seguir siempre la misma línea de mojones visitada en los deslindes anteriores, y para resolver las dudas que pudieran plantearse con motivo de la visita. Al respecto, debe tenerse muy en cuenta, que los deslindes o reconocimientos practicados valen en tanto son la consecuencia de otros practicados anteriormente, siguiendo su mismo trazado y siempre que documentalmente se acredite la conformidad de las autoridades que representan a las jurisdicciones contiguas. Sólo los deslin-

²⁶ *Diccionario de la Administración española...*, MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., 5.^a edición, tomo IX, Madrid, 1894, p. 889.

²⁷ *Ibidem*, Apéndices de 1927, p. 764.

²⁸ Así se le llama en el concejo de Utrera al libro con la documentación de los deslindes. POLO MARTÍN: *loc. cit.*, p. 242, citando la obra de Barrera García, «Amojonamientos y usurpaciones en Utrera a mediados del siglo XVI», en *Actas del II Congreso de Historia de Andalucía. Historia Moderna*, II. Córdoba, 1995, p. 23.

des así practicados, como «deslindes encadenados», son válidos y surten efectos jurídicos en orden a la delimitación de los términos asignados a una jurisdicción. De ahí la relevancia de conservar a buen recaudo los libros de visitas, única prueba documental escrita que acredita la validez de las mojoneras que señalizan sobre el terreno las rayas divisorias.

Ahora bien, no siempre las visitas de términos entre concejos se ponían por escrito. Así lo reconocen los regidores y el procurador de Santander en 1690, que ante la grave situación que padece la villa en unos años de crisis económica, excusan su práctica por «el mucho dispendio que se origina de ellas... y hallarse dichas mojoneras sin novedad en la forma que se hallaron en las últimas visitas...»²⁹, exonerándose así de un hipotético cargo en el preceptivo juicio de residencia.

Para corregir tal situación en el futuro, y para que quedase constancia escrita de tales visitas de términos, en el libro de actas del regimiento de la entonces villa de Santander de ese año, se asienta un acuerdo de los regidores ordenando a los escribanos de las jurisdicciones afectadas que escriturasen y protocolizasen los deslindes ante los escribanos del Ayuntamiento, para «evitar inconvenientes y daños... que del descuido de las visitas», podrían producirse³⁰.

A pesar de la advertencia de los regidores, es lo cierto que las visitas de la villa con los territorios limítrofes de la vieja jurisdicción de la Abadía santanderina (Bezana y Camargo) no siempre llegaron a ponerse por escrito, según se deduce de una consulta minuciosa de los protocolos de los escribanos de Santander, coetáneos a esas fechas. Sólo a partir de 1728 aparecen las primeras actas con las visitas practicadas, gracias a las cuáles podemos reconstruir perfectamente el trazado de la divisoria entre las jurisdicciones, entonces de la villa de Santander y de la Real Abadía. Esas actas se conservan dentro de un libro de visitas de términos, que afortunadamente hoy se conserva en el Archivo Municipal de Santander³¹.

En cuanto a la periodicidad de las visitas practicadas por los regidores, ésta era muy variable. La visita anual de términos era lo más frecuente, según se prescribe en las Ordenanzas concejiles. Ahora bien, no siempre se cumplía ese plazo, dada la dificultad de reunir a las autoridades concejiles en determinados meses del año, a causa de las inclemencias del tiempo, o de su ocupación en las labores agrícolas. En ocasiones, las visitas se celebraban sin sujeción a esa periodicidad por acuerdo de las propias autoridades concejiles, ante los gastos cuantiosos para el erario concejil que comportaba su práctica. Así por ejemplo, el concejo de la villa de Castro Urdiales acordó en 1553 por vía de ordenanza «*cómo se ha de hacer la visita general de los términos y amojonamientos de los confines de la villa y lo que se ha de gastar en ella*», disponiéndose lo siguiente:

²⁹ AHN. Consejos, leg. 7373, 1.

³⁰ *Los Libros de Acuerdos municipales de Santander. Siglo XVII*. Ed. BLASCO MARTÍNEZ, R. M., Santander, 2002, tomo III, doc. 2971.

³¹ AMS. A, leg. 179, núm. 33. Libro de visitas entre la villa de Santander y la Real Abadía. Años 1728 a 1735.

«Ytem, porque la visita general de términos e amojonamientos no es muy necesaria para la hacer a menudo y que (en) ella se gastan cantidad de dineros a la villa, que esta dicha visita se haga de seis años en seis años e no más a menudo, ... (y) que en la dicha visita se gasten otros tres mil e quinientos maravedíes e no más, e que a esta visita vayan la justicia e dos regidores los más viejos y el procurador general, y el escribano del concejo y no más»³².

Del resultado de las mismas, practicadas con una periodicidad superior a la fijada en seis años, se da cuenta en los correspondientes libros de visita, que afortunadamente también, se conservan en la actualidad en el archivo municipal de la ciudad castreña³³.

4. LA IMPORTANCIA DE LOS ELEMENTOS NATURALES O GEOGRÁFICOS Y DE LAS CONSTRUCCIONES (MOLINOS, VENTAS, ETC.) EN LA DEFINICIÓN DE LAS LÍNEAS DE TÉRMINOS

Para asegurar la invariabilidad de los límites entre las distintas jurisdicciones se recurría a la identificación de los puntos divisorios con los elementos naturales o geográficos que definen el paraje por donde transcurre la divisoria. Por ello, el recurso a esos elementos, como las «aguas vertientes», o «la divisoria de las aguas», para la asignación del espacio entre territorios limítrofes es habitual en la documentación de los deslindes, especialmente en la documentación más antigua.

Además esa línea natural era reforzada mediante la colocación de una mojonera sobre los puntos visibles de las laderas por donde se reparten las aguas hacia una y otra vertiente. Sólo de esa manera, resultaba posible precisar la exacta asignación del territorio entre los términos confinantes. El recurso a los límites determinados por las aguas vertientes estuvo presente en la fijación de los límites provinciales en los distintos proyectos y decretos del siglo XIX, de los que la división actual es heredera. De tal recurso, como de otros ofrecidos por la propia naturaleza, se hizo eco el propio Javier de Burgos cuando en 1833 diseñó la nueva división provincial de España, a la búsqueda de la tradicionalidad de las líneas divisorias establecidas para las nuevas provincias.

Si efectivamente el recurso «a las aguas vertientes» en la fijación de los límites divisorios, ha sido habitual en todos los momentos históricos, pese a plantear no pocos problemas por lo irregular de la línea así trazada, también ha sido una práctica frecuente la remisión a los cursos de las aguas, con referencia a los arroyos, ríos, rías, canales, abras, etc. Cuando genéricamente se indica en

³² Libro de Ordenanzas de la villa de Castro Urdiales. Años 1524-1572. *AMCU*, Leg. 55,5. F. 110.

³³ *Loc. cit.*

las actas históricas de deslinde que los límites llegan hasta una de esas referencias geográficas, si no existe una mayor precisión, se entiende que la divisoria a los efectos jurisdiccionales alcanza hasta la mitad de su curso, lo que los documentos precisan como «el medio río», «a medio de la canal», etc. En esa mitad del curso del agua gozan de su disfrute (pesca, aguas, arenas, piedras, etc.) los vecinos de la jurisdicción de esa orilla, reservándose sus derechos sobre la otra parte del río, los vecinos de la jurisdicción opuesta. Esta solución impuesta como modo pacífico del disfrute de los aprovechamientos de las orillas y de los propios cauces de los ríos, resolvía los problemas que de ordinario se suscitaban entre las jurisdicciones limítrofes.

Pero esta solución, planteaba no pocas dificultades en la definición de los espacios jurisdiccionales al estar los cursos de las aguas tan expuestos a las contingencias naturales. En esos casos, cuando los ríos, o en general los cursos de las aguas, se han mostrado cambiantes a lo largo del tiempo, la solución ideada por las jurisdicciones colindantes, plasmada después en la legislación del siglo XIX, consiste en el apeo o amojonamiento de los ríos mediante la colocación de mojones o hitos permanentes en una y otra de sus orillas, o incluso en medio del río, aprovechando la existencia de piedras vivas que emergen de sus aguas³⁴.

En la práctica esta solución que se muestra como plenamente satisfactoria en los supuestos de aguas plácidas o remansadas, deviene en ineficaz en los ríos o cursos de aguas bravas o en las zonas expuestas a las riadas, ya que la crecida de los ríos arrastra consigo los hitos y los mojones situados en sus orillas. Así ocurre, con exasperante frecuencia, en los caudales de los ríos septentrionales, generalmente de corto recorrido por la proximidad entre el nacimiento del curso de agua y su desembocadura, y por ello tan expuestos a su desbordamiento en tiempos de grandes lluvias, tormentas o deshielo. Muestras de la bravura de las aguas de los ríos de la Cuenca cantábrica, como el Pas o el Pisueña, se documentan entre los fondos de los archivos judiciales y en fuentes diversas. Al efecto, el Diccionario de Pascual Madoz refiere la virulencia de las aguas de este último río, a su paso por distintos lugares de los valles de Castañeda y Cayón:

«...en los pueblos de la Cueva y Pumaluengo, causa graves daños el río Pisueña por falta de álveo, pues con frecuencia roba unos y otros linderos y destruye las tierras de labor y de pastos»³⁵.

³⁴ En las distintas visitas de jurisdicción de los valles de Cayón y Castañeda, se hace constar la existencia de un cabido en medio del río Pisueña. Véase, entre otras, la *Visita de términos entre el Valle de Cayón y el de Castañeda. Año de 1717. AHPC*, sección Valle de Cayón, leg. 88.1.

³⁵ Diccionario de Pascual MADDOZ (1845-1850). Voz Castañeda. De la ferocidad de sus aguas, «es uno de los ríos más caudalosos de España», se da cuenta en un expediente que con el título *Avenidas del río Pisueña*, se custodia en el *AHPC*. Sección Valle de Cayón. Leg. 89-5, aprovechado por M. VAQUERIZO GIL, M.: «Ruinas y reconstrucción del Puente de Santa María de Cayón en la edad moderna», *Altamira*, XLVII, Santander 1988, pp. 309-354. Por otra parte refiere los destrozos causados por el río en molinos, ferrerías y puentes, ARCE, R.: *Recuerdos del antiguo Valle y Condado de Castañeda*, Santander, 1882, p. 55.

Para evitar, en la medida de lo posible el arrastre de los mojones los documentos de los deslindes nos informan de soluciones no siempre eficaces, pero siempre ingeniosas: los mojones se sitúan en las proximidades de construcciones más o menos estables o permanentes, como son las ferrerías o los molinos, o de cualquiera de los elementos que forman parte de estos ingenios hidráulicos: la compuerta, la presa, la calcera, caz o cuérnago, la sangradera, etc. Bajo su protección se sitúan los mojones, siendo fácilmente replanteables en su misma ubicación, en caso de ser derribados por la ferocidad de las aguas.

Otros elementos geográficos o naturales sirven de referencia para la situación de los mojones divisorios. Las elevaciones del terreno, los montes, los mazos, las sierras, los oteros, los cuetos, las lomas, etc. sirven de puntos de fácil identificación para situar en ellos los hitos o mojones. Los relieves geográficos son referencias permanentes sobre el terreno; fácilmente visibles desde distintos puntos geográficos, y conocidos por los vecinos y habitantes de las zonas próximas. Por ello, los mojones se sitúan en estos puntos singulares: «en lo alto de la Sierra de Albas», «en la Cuesta del Otero», etc. Su fácil reposición en caso de pérdida o derribo, constituye una segura garantía del mantenimiento de la línea divisoria.

En ocasiones los mojones se identifican con elementos naturales, pero no permanentes. La referencia a árboles singulares (robles, cajigas, etc.), o a «peñas vivas» que emergen del terreno, es válida mientras se conserven en el mismo estado. La incertidumbre se presenta cuando los árboles desaparecen, víctima de las necesidades del hombre, o por muerte natural; o cuando las peñas se descomponen o se retiran para la transformación del terreno en pradería.

Es frecuente también la identificación de las mojoneras con determinadas construcciones o edificios (ventas, puentes, casas, llosas, cierres, etc.); o la referencia a construcciones singulares (iglesias, ermitas, casas de concejo o de juntas, cementerios), en cuyo entorno se sitúan los hitos divisorios, fácilmente reconocibles por la relevancia social que ofrecen estas construcciones, puntos de obligado encuentro de los miembros de aquella sociedad del antiguo régimen. Esos edificios son además permanentes, pese al paso del tiempo; y aun en caso de su improbable desaparición, siguen dando nombre al paraje donde se situaban.

En ocasiones, alguno de esos edificios ha sido levantado a costa de dos jurisdicciones limítrofes, para uso indistinto de los vecinos de uno y otro término, o para celebrar reuniones conjuntas. Es el caso de la construcción de una «Casa de Juntas» para la celebración de concejos entre las villas de Argoños y Escalante, unidas en una «Junta de dos villas», en defensa de sus intereses comunes frente a los demás territorios de la Merindad de Trasmiera, de la que formaban parte como villas agregadas desde 1579³⁶. Aunque existe constancia

³⁶ En ese año, las villas de Santoña, Escalante y entonces el lugar de Argoños suscribieron una Carta de Hermandad con la Merindad de Trasmiera. Una copia notarial de la misma de fecha 1679, está depositada en el *Archivo Municipal de Escalante*, leg. 13, 18. Está transcrita en SOJO y LOMBA, F.: *Ilustraciones a la historia de la M.N. y S.L. Merindad de Trasmiera*, en dos volúmenes. Se publicó en Santander, 1930-31, y posteriormente ha sido objeto de una nueva edición, también en dos volúmenes. Santander, 1988. La transcripción en tomo 1, pp. 314 ss.

de la unión en «Junta de dos villas» desde fines del siglo xvii, este edificio debió de construirse en los primeros años del siglo xviii, sobre la misma raya divisoria que separa a las dos villas, y a costa de las arcas de sus respectivos concejos.

Los cambios en la toponimia como consecuencia del transcurso del tiempo pueden plantear problemas para la identificación de los parajes donde se ubican los hitos divisorios. Pero estos suelen ser cambios graduales que permiten la identificación de los lugares donde se sitúan los mojones sin dificultad, permaneciendo en la memoria de los hombres las antiguas denominaciones y los nuevos topónimos. Sólo el largo transcurso del tiempo, y tras distintas generaciones, puede borrarse de la memoria la vieja toponimia, haciéndose difícil el reconocimiento de los parajes donde se ubican los mojones, dificultad que se soslaya con la utilización de los corónimos («la sierra de...», «el río de...»). Pueden desaparecer o cambiar los topónimos, pero se conservan como permanentes los elementos geográficos que sirven para su determinación.

El apeo o amojonamiento de los términos deslindados se realizaba mediante la colocación de piedras de mayor o menor tamaño, en las cercanías de un elemento destacado del terreno, de un edificio o de cualquier construcción que sea fácilmente reconocible a cierta distancia. Por lo general, los mojones, hitos, illos, o cabidos son piedras muertas, labradas en forma de cono o paralelepípedo, que se fijan en el terreno a una profundidad suficiente para evitar su caída. En ocasiones, y especialmente en parajes donde abundan las piedras, los hitos o mojones se alzan sobre una base de restos de teja, escoria o ceniza, que se depositan bajo el mojón. De esta manera, en caso de confusión de unas piedras con otras, puede comprobarse la autenticidad del mojón, simplemente procediendo a su desenterramiento. Pero también se utilizan como mojones las piedras vivas asentadas de modo natural sobre el terreno, a las que se da la forma correspondiente por el cantero que acompaña a los oficiales que practican los deslindes. Unas y otras suelen grabarse a cincel con símbolos de la jurisdicción regia o señorial (armas reales, escudos señoriales, cruces, etc.), cuando se trata de delimitar los espacios de una u otra jurisdicción³⁷, si bien en la actualidad no quedan apenas restos de tales signos, más que en la documentación; o en caso de deslinde entre concejos, con las iniciales de los lugares confinantes, orientándose la cara del mojón con la letra inscrita hacia el término respectivo. En algunas mojoneras, además de las iniciales de los términos deslindados, consta la numeración de cada mojón, lo que facilita el reconocimiento en su secuencia de la línea divisoria, o incluso, una muesca o señal indicativa en la cima del mojón, que marca la dirección de la línea mediante la unión del anterior y el posterior.

³⁷ En la actualidad apenas quedan restos de esos símbolos en los mojones; en cambio la documentación más antigua de visitas y deslindes da testimonio de la ostentación de signos en los cabidos o mojones. En 1586, cuando las autoridades del Corregimiento de las Cuatro villas y de las Encartaciones vizcaínas hubieron de reponer el histórico mojón de Valhorado, que divide ambas jurisdicciones, arrastrado por una crecida del río Agüera en 1582, recordaron que el mojón perdido era de notable envergadura, «de alto, un hombre, y más...», y coronado con las armas reales, y con las de la villa de Castro. *AMCU*, leg. 57, 1, ff. 27 ss.

El tamaño de los hitos o mojones depende de la significación del deslinde. Un simple apeo de pastos o de aprovechamientos se señala con pequeños hitos de piedra, sin inscripción alguna. O prescindiendo de las piedras, con zanjas o cárcavas abiertas en la tierra, o con montones de tierra y piedra, siempre resaltados sobre el terreno. Por el contrario un deslinde jurisdiccional, entre municipios o provincias, o entre territorios sometidos a distintas jurisdicciones (señorial, real o eclesiástica), se jalona con grandes piedras de mampostería, visibles a cierta distancia, y situadas en lugares significativos del terreno. Del tamaño de «un hombre», o incluso en ocasiones, de una mayor envergadura, marcaban los confines entre términos divisorios. Todavía hoy en la toponimia se refleja la existencia desde tiempo inmemorial de hitos, ilsos o mojones de un tamaño considerable³⁸.

Respecto de la distancia en que se sitúan los mojones, la regla general es la ubicación de manera tal que permita la visibilidad entre el mojón anterior y el posterior. La línea recta que une a ambos, define la divisoria de términos. En las zonas de escasa visibilidad, en espacios sinuosos o escarpados, o poblados de arbolado, las líneas se trazan con apoyo en un elevado número de mojones, a veces muy próximos entre sí. En ocasiones, cuando algún obstáculo impide la visibilidad entre dos mojones sucesivos distanciados entre sí, se traza una línea recta «tirando cordel», uniendo así ambos mojones. En otras ocasiones, en los días de viento en calma, se recurre al encendido de una hoguera (o «fumata», dice la documentación más antigua) en la base de cada mojón. El humo delata, desde la distancia y a pesar de los obstáculos intermedios que obstruyen la visibilidad entre los mojones, el lugar exacto donde se sitúan los hitos divisorios, permitiendo así el trazado de una línea recta imaginaria entre ambos.

En ocasiones, las distancias entre los mojones se reflejan en las actas que levantan los escribanos que practican las visitas junto a las autoridades de las jurisdicciones limítrofes: las referencias en varas castellanas, o las más imprecisas de «un tiro de piedra», o «tiro de bala» o «de fusil», aparecen en la documentación de los deslindes³⁹, expresiones que desaparecen de la documentación de la segunda mitad del siglo XIX para dar cabida a las medidas de longitud del sistema métrico decimal.

³⁸ El paraje del Ilsón (así llamado por existir en él un ilso referido en las fuentes documentales como «peña crecida, del tamaño de un hombre»), situado en el límite entre el Corregimiento de las Cuatro Villas de la Costa, en la jurisdicción de Castro y la Junta de Sámano y el territorio de las Encartaciones vizcaínas, evoca aun hoy la existencia de un ilso o mojón de gran envergadura que definía la divisoria de dos territorios sometidos a jurisdicciones y corregimientos diferentes. Otras zonas aun hoy se conocen en toda la geografía nacional, por la referencia a la existencia en ellas de mojones: «el campo de los cabidos», «el ilso blanco», «la fuente de los hitones», «los cantones», «el cantillo blanco», etc...

³⁹ Una vara castellana equivalía a tres pies o a cuatro palmos, esto es a poco más de 83,50 cm. Esta era la longitud de la vara de mando que portaban los alcaldes u otras autoridades como símbolo externo de su poder jurisdiccional. Mayor imprecisión ofrecen expresiones frecuentemente empleadas en la práctica de los escribanos: «un tiro de piedra» (unos treinta metros), o «un tiro de bala», o «de fusil» (en torno a los cien metros).

5. LOS DESLINDES DE MONTES, HIERBAS O PASTOS *VERSUS* DESLINDES DE JURISDICCIÓN. LAS ORDENANZAS COMUNES DE PASTOS Y LEÑAS ENTRE CONCEJOS

No es infrecuente en la documentación de los deslindes históricos, encontrar referencias a los apeos o amojonamientos que delimitan los aprovechamientos de pastos o leñas, que en nada se asemejan a los que tienen un alcance jurisdiccional. Tales amojonamientos traen causa del uso o aprovechamiento de zonas o parajes comunes entre vecinos de jurisdicciones contiguas, y en ocasiones ni siquiera contiguas. Son terrenos de pasto o de bosque que pertenecen a una jurisdicción, pero que se ponen a disposición de vecinos de otra, en virtud de pactos o transacciones, suscritos desde tiempo inmemorial, entre los concejos respectivos. Habitualmente estos pactos se redactan por escrito, dando lugar en los reinos de Castilla y León a las «ordenanzas comunes de pastos y abrevaderos», que tienen por objeto, además de dejar a salvo la pertenencia jurisdiccional de los terrenos de uso común, la señalización de una zona de pastos para aprovechamiento del ganado, o para el corte de la madera, sin perjuicio en todo caso, de los límites y términos de cada uno de los concejos. Este tipo de acuerdos que responden a una larga tradición de uso común de pastos, leñas, etc., solían redactarse por hombres buenos designados por las jurisdicciones afectadas, refrendándose su contenido por las autoridades locales reunidas en concejo⁴⁰.

Muy frecuente es en los territorios del Señorío de Vizcaya y de Guipúzcoa, y en general en los territorios septentrionales de montaña, el régimen de propiedad comunal de montes cuyo disfrute y titularidad aparecía repartido entre varios pueblos o comunidades vecinales, a veces integradas en jurisdicciones diferentes. El reparto de los aprovechamientos se realizaba en términos de igualdad entre las entidades copartícipes, creándose una junta o hermandad con representación de todos los concejos, que se ocupaba de la administración y aprovechamiento de los productos (pastos, leñas) de los montes.

A este modelo de aprovechamiento común de pastos responde la Junta de Ribalzaga, en el territorio de la Junta de Sámano, en la jurisdicción de la villa de Castro Urdiales. Esta Junta se encargaba de la administración y disfrute de los montes de Agüera, cuyo aprovechamiento correspondió hasta su disolución en 1552, a los vecinos de los concejos de Sámano, Santullán, Mioño, Agüera y Ontón, integrados en el Corregimiento de Laredo y a los de la villa encartada de Trucíos⁴¹; o la

⁴⁰ Las «Ordenanzas conjuntas de montes, pastos y ganados de los lugares de Bárcena y Escalante», en la Merindad de Trasmiera del Corregimiento de las Cuatro villas, redactadas en 1603 por unos árbitros designados por los concejos fueron después autorizadas por sus regidores. Están depositadas en *Archivo Municipal de Escalante*, leg. 13, núm. 1.

⁴¹ La disolución de esta junta de aprovechamientos comunes de pastos, leñas y aguas fue decretada por la Chancillería vallisoletana tras demanda presentada por los concejos de Sámano por los abusos que cometían los vecinos del Valle de Trucíos, quienes «al ser de otra jurisdicción», no podían ser perseguidos por los jueces montaneros de la Junta. Véase la «Real ejecutoria ganada el 22 de mayo de 1552 por la Junta de Sámano contra el Valle de Trucíos sobre la partición

Comunidad de Montes del Urumea, formada por los concejos de San Sebastián, Hernani y Urnieta⁴².

En Guipúzcoa, y también en Álava, con el nombre de «parzonerías» se conocen ciertas comunidades de montes cuya particularidad, respecto de las comunidades en proindiviso, según Soria Sesé, aparece en el proceso de su conformación: «varias municipalidades preexistentes que adquieren y organizan, mediante concordia, un patrimonio de aprovechamiento común que les vincula, mientras que las comunidades de montes en general suelen formarse a partir de un primitivo grupo social, el titular originario de los bienes que se va articulando en distintos municipios independientes en lo político-administrativo, pero que se mantienen vinculados en lo referente a los bienes poseídos en común»⁴³.

Como institución singular deben referirse para Navarra, las llamadas «facierías», terrenos pastizales o montes que se aprovechan indistintamente por los vecinos de las jurisdicciones limítrofes, incluso pertenecientes a diferentes países. Para su aprovechamiento, existían igualmente ordenanzas o concordias entre los pueblos, que trataban de poner orden en su disfrute⁴⁴.

Los apeos realizados con la finalidad de deslindar los aprovechamientos de pastos o montes, suelen conservarse junto a los deslindes de jurisdicción, pero sin confundirse con éstos. La visita periódica de «los mojones de hierbas» o «de montes» se convierte en una necesidad, tanto para evitar los abusos que pueden cometerse en los pastos o en los bosques, como para reafirmar los mismos límites de la jurisdicción que no resultan afectados por el uso pactado de terrenos que se destinan a pastizales o al aprovechamiento de la madera.

Por ello en las actas que se conservan de los apeos de estos aprovechamientos, generalmente en zonas de montaña o de bosques de interés maderero, se hace constar a veces con insistencia que el deslinde se practica a los solos efectos del aprovechamiento de los pastos o de la madera, dejando a salvo la jurisdicción. Así reza un deslinde de aprovechamiento de unos montes comunes, los montes de Agüera, situados en la línea límite entre la jurisdicción de la villa de Castro Urdiales, Corregimiento de las Cuatro Villas, y la villa encartada de Trucíos practicado el 25 de mayo de 1750 «para hacer la visita y vista

y división de los montes de Agüera». *AChV*, Sección de Reales Ejecutorias. Caja 759-29. A raíz de aquella sentencia ejecutoriada en 1552, cada uno de los concejos de la extinta Junta continuó en el pacífico disfrute de la parte del monte que resultó dividida, correspondiendo a cada concejo una sexta parte del total de la superficie del monte, según la demarcación de sus límites que se efectuó en ejecución de la sentencia del tribunal vallisoletano. Sobre esta Junta puede BARÓ PAZOS, y otros, *De la Junta de Sámano al Ayuntamiento constitucional...*, *op. cit.*, pp. 49-62, pp. 93-96.

⁴² SORIA SESÉ, L.: «Bienes Comunales en Navarra y las provincias vascas (ss. XVI-XVIII)», en S. DE DIOS, INFANTE, J., ROBLEDO, R., TORIJANO, E. (Coords.), *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*. Madrid, 2002, p. 112.

⁴³ SORIA SESÉ: «Bienes comunales...», *op. y loc., cit.*, pp. 113-114.

⁴⁴ Según la ley 384 del *Fuero Nuevo o Compilación de derecho civil de Navarra* vigente «la facería consiste en una servidumbre recíproca entre varias fincas de propiedad colectiva o privada». Edición Parlamento de Navarra, 2003.

ocular de mojones que dividen los aprovechamientos de montes entre las dos comunidades»⁴⁵, en cuyo acta se reitera hasta la saciedad que «se hizo la visita por lo tocante a dicho aprovechamiento de monte, *solamente...*»⁴⁶. Así, sin resquicio alguno de duda se dejaba a salvo los deslindes anteriores de contenido jurisdiccional que separaban los concejos de Agüera y Trucíos.

Diferenciados unos y otros deslindes, en función de su objeto o finalidad, aun así dieron lugar a no pocos conflictos entre las poblaciones confinantes, nacidos de la intencionada confusión entre unos y otros. Del uso y aprovechamiento común y consentido desde tiempo inmemorial de unos mismos pastos, o aprovechamientos, no resulta infrecuente el nacimiento de expectativas entre los usufructuarios, que con el transcurso del tiempo pretenden asimilar a derechos ganados en virtud de una hipotética prescripción. Curiosamente buena parte de los conflictos de términos que en la actualidad enfrentan a las entidades municipales de puntos muy dispares de la geografía nacional, tienen su origen en estas situaciones de uso compartido de terrenos colindantes entre vecinos de una y otra jurisdicción. Así ocurre en los montes de Toledo⁴⁷, en los ya analizados montes de Agüera, o en menor escala, en los quiñones de la tierra de pinares de Segovia o de Valladolid. E igualmente, pero con una proyección mayor, por la afectación de territorios correspondientes a los países limítrofes de Francia y España, sucede en los montes pirenaicos de los Alduides⁴⁸, o entre España y Portugal⁴⁹.

6. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN ORDEN A LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS DE JURISDICCIÓN O DE APROVECHAMIENTO ASIGNADOS A LOS CONCEJOS

Desde la baja edad media los frecuentes conflictos entre los concejos en orden a la delimitación de sus ámbitos de jurisdicción solían resolverse, en instancia previa, por las propias autoridades concejiles. A falta de acuerdo, eran los propios jueces de términos comisionados por los Reyes quienes resolvían los conflictos, recayendo la apelación de su resolución en el propio Rey o en su Consejo real, tal como se dispuso en el Ordenamiento de las Cortes de Toledo de 1480.

⁴⁵ Real Ejecutoria de 14 de diciembre de 1752. *AChV*. Sig. Reales Ejecutorias 1623-15.

⁴⁶ Se reproduce en la Real Ejecutoria de 1752. *Loc. cit.*

⁴⁷ NIETO GARCÍA, A.: *Bienes comunales de los Montes de Toledo*. Madrid, 1991; del mismo autor, *Bienes comunales de los Montes de Toledo. II: reforma agraria vecinal y reforma capitalista*. Ayuntamiento de los Yébenes. Madrid, 1997; GALLEGO ANABITARTE, A.: *La desamortización de los Montes de Toledo: dictamen histórico y dogmático-jurídico*. Madrid, 1993.

⁴⁸ ARVIZU, F. DE: *El conflicto de los Alduides (Pirineo Navarro)*. Pamplona, 1992. Más recientemente, «Frontera y fronterizos: el caso de los Alduides», *AHDE*, LXXI (2001), pp. 9-48.

⁴⁹ MELÓN JIMÉNEZ, M. A.: *Hacienda, comercio y contrabando en la frontera de Portugal: (ss. xv-xviii)*. Cáceres, 1999.

No obstante los conflictos en orden al aprovechamiento de los montes y pastos, una vez dictada sentencia por los jueces locales, o por los de comisión, solían ser resueltos por las Audiencias o Chancillerías, ante cuyas salas de lo civil acudían los procuradores o agentes de los concejos en solicitud de justicia. Son muy numerosas las muestras de la actuación de la Chancillería vallisoletana en la resolución de estos conflictos⁵⁰; afortunadamente los expedientes completos con estas causas se conservan actualmente en su archivo, gracias a los cuales tenemos completo conocimiento de las causas que determinaron su apertura y de cómo se puso fin al pleito, con las sentencias de vista y revista correspondientes. Esta documentación ofrece una gran riqueza, pues los concejos contendientes, en apoyo de sus pretensiones, aportan buena parte de la documentación de sus archivos: sus libros de actas, ordenanzas, documentación de los deslindes, visitas, ejecutorias, privilegios, planos, e incluso pinturas al óleo del paraje en conflicto presentadas por las partes como pruebas periciales⁵¹, con el detalle de los accidentes topográficos, edificios, e incluso con la situación de los mojones, etc., documentación que hoy en día sería difícil de reunir fuera de estos ricos expedientes.

Pero también en época moderna y ante lo costoso que resultaba el acceso a la justicia ordinaria, los concejos acudían ante jueces árbitros o amigables componedores, para la privada resolución de sus conflictos con las poblaciones circunvecinas, en orden al aprovechamiento o disputa de sus términos comunes⁵².

El derecho histórico castellano se muestra, empero, reacio a la resolución de este tipo de conflictos por la vía del arbitraje, al considerar los bienes comunes como de propiedad de una pluralidad de vecinos, y por ende, sujetos a unas cuotas indivisas. Al estar afectados los intereses de toda la comunidad vecinal, sólo si la mayoría de los vecinos copropietarios autorizan la intervención arbitral mediante el nombramiento en concejo de un procurador especial con poder suficiente para ello⁵³, el asunto podía ser sometido a arbitraje, como así se dispone en el código alfonsino de las Partidas⁵⁴.

⁵⁰ Para la época bajomedieval, puede verse la relación amplia de pleitos que aporta POLO MARTÍN: *loc. cit.*, pp. 306-322. Para el ámbito del Santander medieval, SOLÓRZANO TELECHEA, J. A.: *Los conflictos del Santander medieval en el Archivo del Tribunal de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid. Patrimonio documental (1389-1504)*, Santander, 1999.

⁵¹ De la importancia de este tipo de documentación gráfica da cuenta *La Colección de planos y dibujos de la Real Chancillería de Valladolid*, editada por el propio Archivo, Valladolid, 1999; y SORIA TORRES, J.: *Pinturas, planos y dibujos judiciales: análisis de los documentos gráficos periciales del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid* (Microforma). Valladolid, 1993.

⁵² MERCHÁN ÁLVAREZ, A.: *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Sevilla, 1991.

⁵³ MERCHÁN ÁLVAREZ: *El arbitraje...*, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁴ (III, 4, 24) bajo título *Cuáles pleitos, o contiendas pueden ser metidos en manos de avenidores, o non*, establece lo siguiente:

«En mano de avenidores puede ser metido todo pleito para delibrarlo, sobre cual cosa quier que sea. Fuera ende, pleito en que cayese justicia de muerte de hombre o de perdimiento de miembro..., o que fuese sobre las cosas que perteneciesen al procomunal de algún lugar, o de todo el Reino; las cuales, comoquier que cada un hombre del pueblo las pueda demandar, e amparar en juicio, con todo eso, non las puede ninguno meter en mano de avenidores. E si las metiese,

Los árbitros así designados por la comunidad vecinal, como personeros o procuradores con un poder especial dado por el concejo, eran elegidos entre personas de cierta *auctoritas* en la comunidad. Una vez nombrados recababan información entre los vecinos de mayor experiencia y conocimiento en relación al asunto sometido a su resolución. Su tarea como árbitro o amigable componedor finalizaba dictando un laudo o sentencia.

En caso de no ser aceptada la resolución arbitral, cabría el recurso ante la jurisdicción ordinaria, pese a lo dispuesto en Partidas sobre la inapelabilidad de las sentencias arbitrales. El régimen del código alfonsino fue sustituido por sendas disposiciones de los Reyes Católicos, las conocidas como Ordenanzas de Madrid de 1502, y por la ley de Carlos V y doña Juana en las Cortes de Toledo de 1529⁵⁵. Con arreglo a esta sustancial modificación, que responde a una práctica *contra legem* extendida, «son apelables todas las sentencias arbitrales, siempre que las partes no renunciaran a la apelación expresamente en la carta de compromiso»⁵⁶. De esta manera la vía del recurso se inicia ante el juez inmediato superior, el Corregidor, y en última instancia, ante la Chancillería o en su caso, ante el propio Consejo de Castilla.

La actuación de los árbitros en orden a la resolución de los conflictos que enfrentan a las comunidades vecinales, o a una comunidad vecinal con un territorio de señorío, se encuentra documentada ya desde la baja edad media⁵⁷. De principios del siglo XVI data una sentencia compromisoria o arbitral que trata de resolver los conflictos suscitados en orden al aprovechamiento de los montes de Agüera. Los conflictos entre los concejos de la Junta de Ribalzaga eran frecuentes, a causa de las disputas entre los socios o coporcioneros de las ferrerías para la obtención de la madera carboneable, y entre los ganaderos, para el disfrute de los mejores pastos para sus ganados. En tal situación y ante la imposibilidad de la Junta de poner orden entre los vecinos de las distintas jurisdicciones, fueron nombrados dos árbitros para que dictasen una sentencia a modo de Ordenanza que regulara los aprovechamientos. La sentencia compromisoria fue dictada en 1518, y ampliada y aclarada en distintas ocasiones. Pero aun así los conflictos prosiguieron, declarándose, como hemos indicado más arriba, la disolución de la mancomunidad con la desaparición de la Junta de Ribalzaga, por una sentencia de 1532, dictada por el Corregidor de Reinosa como juez de comisión y confirmada después por la Real Chancillería de Valladolid en 1552⁵⁸.

non valdría nada el juicio que el aveniror diese sobre ellas. Pero si todos los de aquel pueblo, o la mayor partida de ellos, hiciesen un personero para esto, sobre aquellas cosas que les perteneciesen, e les otorgasen poder de las meter en mano de avenirores, entonces bien lo podrían hacer...».

⁵⁵ Nueva Recopilación (lib.4, tít. XXI, l. III y IV).

⁵⁶ MERCHÁN ÁLVAREZ: *El arbitraje...*, *op. cit.*, p. 268.

⁵⁷ MERCHÁN ÁLVAREZ: *El arbitraje...*, *op. cit.*, p. 327, da cuenta de una sentencia arbitral dictada por Alfonso Pérez Calvo, árbitro tercero en discordia, en el compromiso celebrado entre el monasterio de Sandoval y el concejo de Mansilla, para solucionar un pleito sobre la propiedad de distintos parajes, en relación a los términos del señorío y del concejo. Documento 21 de sus apéndices.

⁵⁸ AChV. Pleitos civiles. Ejecutorias, leg. 760. En la Real ejecutoria se recoge la sentencia compromisoria. La parte de ella que se refiere a las Ordenanzas de la Junta de Ribalzaga, se publica ahora en BARÓ PAZOS y otros, *op. cit.*, apéndice 1, pp. 189 ss.

II. LA FIJACIÓN DE LOS LÍMITES DIVISORIOS EN LA ESPAÑA LIBERAL. LA CONTINUIDAD Y TRADICIONALIDAD DE LOS DESLINDES

Los deslindes históricos tienen una decisiva importancia en la delimitación de los espacios jurisdiccionales asignados a los municipios en el momento de su constitución, coincidiendo con las reformas administrativas impulsadas por el liberalismo decimonónico, en tanto que las líneas divisorias, salvo que por algún título se realice su revisión, se han mantenido sin alteración antes y después de la implantación de los municipios constitucionales. La continuidad y tradición de los deslindes practicados dota a los mismos de una elevada significación para definir los límites actuales entre los municipios, provincias, comunidades autónomas, e incluso entre Estados.

Ya en la primera etapa del liberalismo español, vigente la Constitución gaditana de 1812 durante el trienio constitucional, se planteó la necesidad de fijar los límites provinciales, al tiempo que se plantea una nueva división territorial, según previsión recogida en la Constitución gaditana⁵⁹. Al efecto se creó una comisión de las Cortes en 1820, que con el nombre de Comisión especial de la división del territorio español, habría de abordar la necesaria reforma de la organización territorial como antesala de la renovación de una administración más racional. Tras atravesar no pocas vicisitudes, finalmente el 14 de enero de 1822 se aprobó el decreto con «los límites circunstanciados» de las 52 provincias entonces creadas⁶⁰. Pero en sesiones posteriores, todavía se ocuparon las Cortes de acotar los límites de las provincias, tras quejas y reclamaciones de las Diputaciones afectadas.

La caída del régimen constitucional con la intervención de los Cien mil hijos de San Luis, supuso la derogación del decreto que aprobaba la nueva división provincial. No obstante, en el período absolutista de 1823-1833, se dio un nuevo impulso a la división del territorio con el proyecto de división provincial de 1829, auténtico «eslabón perdido entre la división de Cortes de enero de 1822 y la decretada por Javier de Burgos en noviembre de 1833»⁶¹. Este proyecto no introduce variaciones de entidad en el decreto aprobado por las Cortes en 1822: parte de las provincias aprobadas en aquél, respetando, en general pero no en todos los casos, los límites históricos tradicionales de los

⁵⁹ Artículo 310 de la Constitución de 19 de marzo de 1812: «Se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no le tengan, y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente».

En relación a la nueva división territorial del Estado, la previsión de su reforma se contempla en el artículo 11 del mismo texto: «Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan». *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*. Edit. RICO LINAJE, R., Sevilla, 1999.

⁶⁰ MARTÍNEZ DÍEZ, G.: «Génesis histórica de las provincias españolas», *AHDE*, LI (1981), p. 581. El decreto fue suscrito en fecha 27 de enero de 1822.

⁶¹ BURGUEÑO, J.: *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1996, p. 145.

antiguos reinos, poniendo en práctica una política que combina «el tradicionalismo y la modernidad, tan propia del despotismo ilustrado»⁶².

De este proyecto y del decreto anterior hubo de beneficiarse Javier de Burgos, sin duda, cuando planteó la nueva división en provincias a los pocos días de su acceso al cargo como Ministro de Fomento⁶³. Consciente de la importancia de las líneas divisorias fijadas a lo largo de la historia, el Real decreto de Javier de Burgos de 30 de noviembre de 1833, que ordena la división provincial de España no vino a alterar en absoluto la situación anterior, ya que expresamente mantiene los límites divisorios vigentes, esto es, los límites históricos y tradicionales entre las provincias en el momento de su promulgación. Tampoco modificó en absoluto los derechos posesorios de aquellos pueblos que tuviesen terrenos o aprovechamientos en mancomunidad en los contiguos⁶⁴.

En su artículo 7.º se ordenaba levantar los planos topográficos exactos de las provincias, para con ello levantar «una nueva carta general del Reino», tarea que sin embargo tardará en realizarse prácticamente todo el resto del siglo, tras sufrir vicisitudes y dilaciones diversas a causa de los vaivenes políticos y de las dificultades técnicas planteadas⁶⁵.

El Real decreto de Javier de Burgos de 1833, será ratificado en su vigencia por la Ley de 25 de septiembre de 1863, sobre gobierno y administración de las provincias, y por el Real decreto de la misma fecha que aprueba el reglamento

⁶² BURGUEÑO: *Geografía política...*, *op. cit.*, pp. 146-147.

⁶³ ESTRADA SÁNCHEZ, M.: «Algunas consideraciones en torno a la labor administrativa de Javier de Burgos», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*. Vol. 1, Santander 2003, pp. 275-285, plantea la cuestión de la autoría de la división provincial plasmada en el Real decreto de 30 de noviembre de 1833 «más producto de trabajos anteriores que labor propia». Por la cita, p. 277.

⁶⁴ Así se dispuso en su artículo 5.º: «Interin se promulga la ley que he mandado formar sobre acotamientos y cerramientos de heredades, no perjudicará la nueva división territorial, a los derechos de mancomunidad en pastos, riegos y otros aprovechamientos, que los pueblos o particulares disfruten en los territorios contiguos a los suyos». Real decreto de 30 de noviembre de 1833. FERNÁNDEZ, T., SANTAMARÍA, J. A.: *Legislación administrativa española del siglo XIX*. Madrid, 1977, pp. 535 ss.

⁶⁵ Una Real orden de 22 de mayo de 1834 encomendó a Domingo Fontán, un Catedrático de Matemáticas que había preparado la «Carta Geométrica de Galicia», la preparación de un proyecto sobre la base de la nueva división administrativa de Javier de Burgos, sin que tal intento prosperase. Un nuevo decreto del Ministro Cortina de 23 de noviembre de 1840 planteó una vez más el proyecto del Mapa de España, que de nuevo quedó en intento frustrado. Más tarde el militar y cartógrafo Francisco Coello publicó su mapa entre los años 1855-1870, mapa preciso y riguroso para la época, realizado a modo de complemento gráfico del conocido como *Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España* de Pascual Madoz. Una Real orden de 21 de agosto de 1866 encomendaba al Depósito de Guerra, bajo dependencia del Cuerpo de Estado Mayor, la formación del Mapa de España, disposición que fue derogada por un Decreto de 4 de enero de 1870, que encomienda la confección del Mapa a la Dirección General de Estadística, dependiente del Ministerio de Fomento, sintiéndose la necesidad de crear un centro técnico específico, el Instituto Geográfico, dependiente de Fomento, cuyo primer Director fue el General Ibáñez Ibero. El Instituto a partir de 1875 ha ido publicando las hojas correspondientes al Mapa Nacional. Al respecto, y para mayor amplitud, véase GARRIGÓS PICÓ, E.: «El territorio: mapas y cartografía histórica». *Enciclopedia de Historia de España* dirigida por MIGUEL ARTOLA, 7, Madrid, 1993, pp. 11-83.

para la ejecución de la citada ley⁶⁶. Así se mantenía la división en provincias diseñada por aquel Ministro de Fomento granadino. Ajustado a esa disposición normativa de 1833, un Real decreto de 21 de abril de 1834 sobre Subdivisión en Partidos Judiciales, procedía a la organización judicial de la Península e Islas Adyacentes.

1. LA NECESIDAD DE FIJAR LOS LÍMITES PROVINCIALES Y MUNICIPALES TRAS LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN LA ADMINISTRACIÓN: EL DECRETO DE 23 DE DICIEMBRE DE 1870 Y EL REAL DECRETO DE 30 DE AGOSTO DE 1889

Pese a lo dispuesto en la Constitución gaditana respecto a la fijación del «término» asignado a cada Ayuntamiento, ninguna disposición normativa posterior fue dictada en desarrollo de lo previsto en aquel texto constitucional, hasta después de diseñada la nueva división provincial y definidas las competencias de los Subdelegados de Fomento y de los Jefes políticos sobre los nuevos ámbitos administrativos. En ese momento se impuso la necesidad de proceder a la delimitación de los espacios sobre los que habría de ejercerse las competencias propias de la nueva Administración.

Antes de dictarse disposición alguna sobre fijación de los límites entre los Ayuntamientos y provincias, con el propósito de definir los límites de los montes del Estado, los de los pueblos y otros establecimientos públicos, «de una manera clara y estable», el 1 de abril de 1846 se publicó una Real Orden encomendando esta tarea a la supervisión de los Jefes políticos⁶⁷. Esta disposición no pretendía la práctica de un deslinde entre términos municipales, sino el deslinde de los montes públicos en la intención de hacer efectivo el nuevo régimen contributivo fiscal del ministro Alejandro Mon de 1845. Y además tal disposición venía a preparar el camino de la desamortización civil llevada a cabo por el Ministro de Fomento Pascual Madoz, en 1855.

Una vez fijados los límites de los montes públicos, y elaborados los primeros catálogos de montes⁶⁸, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, vigente ya el nuevo marco normativo de los Ayuntamientos constitucionales bajo vigencia de la Constitución de 1869, fueron dictadas distintas disposiciones relativas a los deslindes de los términos municipales, con el objeto de definir los espacios jurisdiccionales sobre los que el propio Ayuntamiento habría de ejercer sus competencias de gobierno y administración.

⁶⁶ Ley de 25 de septiembre de 1863, sobre gobierno y administración de las provincias, en *Legislación administrativa española...*, cit., pp. 793 ss.; y Real decreto que aprueba el reglamento de ejecución, en la misma fecha, *ibidem*, pp. 807 ss.

⁶⁷ Se publica en *Colección Legislativa*, 2.º trimestre de 1846, tomo XXXVIII, Madrid, 1848, p. 92. Esta Real orden fue ratificada en su vigencia por otra Real orden de 15 de marzo de 1860 (Gaceta de Madrid de 30 de marzo de 1860) que ordena que en todos los casos en que se haya de hacer deslinde de cualquier monte público, se ha de observar el Real decreto de 1 de abril de 1846.

⁶⁸ CALVO SÁNCHEZ, L.: *La génesis histórica de los montes catalogados de utilidad pública (1855-1901)*, Madrid, 2001.

De todas las disposiciones la que vino a marcar la pauta de los deslindes de términos municipales fue el decreto del Ministerio de la Gobernación de 23 de diciembre de 1870, que establecía el señalamiento de términos municipales por medio de hitos o mojones⁶⁹. Es la primera disposición legal de la España constitucional que ordena la delimitación de los espacios jurisdiccionales entre los distintos Ayuntamientos, incluso entre los pertenecientes a distintas provincias. Como consecuencia de ese Real decreto, y de otro posterior de 30 de agosto de 1889, se definieron los límites municipales entre Ayuntamientos, atendiendo al principio general de la «posesión de hecho» y respetando las divisorias históricas que en el antiguo régimen separaban las antiguas jurisdicciones, convertidas ahora en Ayuntamientos constitucionales.

En la exposición del Real decreto de 1870 se indicaba la necesidad de que «de un modo permanente se determine y establezca el radio en que las municipalidades han de ejercer su poderosa y libre influencia, desarrollando las amplias facultades de que ahora gozan». Incide además en la conflictividad que existía entre los pueblos a causa «de la confusión en que hoy se hallan los términos municipales, causa permanente de choques, perturbaciones y conflictos entre pueblos comarcanos».

En razón a ello, se ordenaba en el artículo 1.º del Real decreto que todos los Ayuntamientos de la Península, Islas Baleares y Canarias habrían de proceder «inmediatamente» al señalamiento de sus respectivos términos municipales por medio de hitos o mojones permanentes. Para la ejecución del señalamiento previsto, se ordenaba la constitución de Comisiones de los Ayuntamientos, formadas por el Alcalde del municipio, y tres individuos de su seno, que con el Secretario y los vecinos conocedores de la línea nombrados por el municipio como peritos, habrían de verificar las operaciones de deslinde. Junto al Real decreto, se publicaron el día 24 de febrero de 1871 unas instrucciones para la práctica de los deslindes⁷⁰.

Este Real decreto alcanzó una aplicación muy limitada en todo el territorio nacional. Las circunstancias políticas del momento, en pleno período del «sexenio revolucionario», y la falta de asignación presupuestaria para su ejecución, limitaron en buena medida su puesta en práctica. Ante la ineficacia de esa disposición, un nuevo Real decreto, en esta ocasión dictado en plena época de la Restauración, en 1889, reiteraba la orden de 1870 conminando a los Ayunta-

⁶⁹ Este Real decreto, con las instrucciones para la práctica de los deslindes, se publicó en la Gaceta de Madrid del 24 de febrero de 1871.

⁷⁰ En ellas se establecía la «precisa condición» de que se vean visibles los mojones anterior y posterior. Del mismo modo se establecía que los mojones debían ser grabados con las iniciales de cada una de las jurisdicciones que deslindaban, debiendo figurar tales iniciales en la cara del mojón que mire a su territorio; y que deberían situarse los mojones en número suficiente «para que la línea de término entre cada dos de ellos consecutivos sea la recta que los une». Finalmente se indica que todas las operaciones efectuadas se reflejarán en un acta detallada, firmada por todos los asistentes al acto, con referencia a la situación, forma y dimensiones de cada uno de los mojones que se hayan colocado, debiendo ocuparse las autoridades respectivas de cuidar de la conservación de los mojones y de su reposición cuando desaparecieran o fuesen removidas de su asiento primitivo.

mientos a que practicasen el reconocimiento de sus límites municipales, como así efectivamente se hizo en prácticamente toda España, a excepción de aquellas provincias en las que ya estaban ultimados los trabajos cartográficos⁷¹.

Con arreglo a esta nueva disposición y según consta en los distintos archivos municipales, se procedió al deslinde de la mayor parte de los municipios de España. Esos deslindes procedían a la fijación del ámbito jurisdiccional asignado a cada Ayuntamiento, y a la vez se utilizaron para el levantamiento del mapa topográfico nacional por parte del Instituto Geográfico.

En tiempo de la dictadura de Primo de Rivera, se planteó una vez más la necesidad de fijar los límites municipales a efectos meramente gubernativos. Así se promulgó el Real decreto de 2 de julio de 1924⁷² aprobando el reglamento sobre términos y población municipal, por el que se ordenaba el deslinde y amojonamiento de los términos municipales, dejando subsistentes las instrucciones de 1870.

Los deslindes practicados en aplicación de esta ley de 1924 se beneficiaron de los avances técnicos topográficos, gracias a la colaboración que el Instituto Geográfico prestó a las comisiones que hubieron de realizar los deslindes. La confección de cuadernos de campo, con mediciones precisas, los itinerarios y los planos topográficos levantados por los ingenieros topógrafos, permiten en la actualidad el replanteo de las líneas divisorias fijadas en los años inmediatos a la publicación de la ley. Y en su momento, junto con las fotografías aéreas del territorio nacional, sirvieron de base para la confección del mapa topográfico nacional.

2. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DESLINDES (1845-1930): LA IMPORTANCIA DE *LOS DESLINDES ENCADENADOS* Y DE *LOS DESLINDES HISTÓRICOS*. LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

Los conflictos planteados en orden a la delimitación de los términos municipales, como actos de interés general y de orden público, son de la exclusiva competencia de la administración. Por ello, la jurisdicción contencioso-administrativa resulta la competente en la resolución de este tipo de conflictos.

⁷¹ El Real decreto fue publicado en la «Gaceta» de 4 de septiembre de 1889. Según el artículo 1.º quedaron exceptuadas las provincias de Albacete, Cádiz, Córdoba, Jaén, Madrid, Málaga y Sevilla, ya que en ellas el Instituto Geográfico y Estadístico había terminado los trabajos previos para la confección del mapa topográfico nacional. Se disponía en este Real decreto en su artículo 3.º que los hitos o mojones habrían de colocarse de tal manera que desde cada uno de ellos debía de ser visible el anterior, blanqueándolos para que fuesen vistos a larga distancia. Del mismo modo, y con arreglo al artículo 4.º, cada uno de los mojones debía de ser identificado con las iniciales correspondientes al distrito municipal respectivo, grabándose en la cara que se orienta hacia este término municipal.

Según el artículo 9.º como resultado del deslinde practicado habría de levantarse acta detallada del mismo, con los antecedentes del deslinde, forma y tamaño de los mojones, los materiales de que éstos se hallen compuestos, la distancia entre los mismos, etc.

⁷² Publicado en la «Gaceta» el día 3 de julio de 1924.

La doctrina jurisprudencial en relación a esta cuestión se fue gestando a partir de 1845, coincidiendo, precisamente, con la creación del Consejo Real con arreglo a los perfiles diseñados en la Constitución de ese mismo año. Este consejo fue organizado con arreglo a la ley de 6 de julio de 1845⁷³ como «el cuerpo consultivo supremo» de la Administración del Estado, y a la vez como órgano en el que recae el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa. Gracias a sus resoluciones («decisiones») fue formando una jurisprudencia propia e inexistente hasta entonces, que sirvió de referencia a los tribunales inferiores, lográndose así un cuerpo de doctrina homogénea que se extendió a todos los sectores del ordenamiento jurídico, alcanzando, por supuesto, a las distintas leyes municipales publicadas a lo largo del siglo XIX.

Dependientes jerárquicamente de este Consejo Real, la ley de 2 de abril de 1845 de Organización y atribuciones de los Consejos provinciales⁷⁴, creaba unos Consejos en cada una de las capitales de provincia como órganos consultivos de los Jefes políticos, y como tribunales de justicia en materia contencioso-administrativa, tribunal que conforme al caso 6.º del artículo 8.º de la ley asumía la competencia de resolver los conflictos en razón de términos que enfrentan a los municipios de cada provincia.

Los momentos revolucionarios vividos en 1854 pusieron fin a este alto cuerpo del Estado y a los Consejos provinciales de él dependientes, por decreto de 27 de julio y 7 de agosto de 1854, respectivamente. Suprimido el Consejo Real, fue creado el Tribunal Supremo contencioso administrativo por Real Decreto de 7 de agosto de 1854⁷⁵, asumiendo las competencias judiciales como el más alto tribunal en esa materia. Poco después, superados los momentos revolucionarios del bienio progresista, por Real Decreto de 16 de octubre de 1856, fue restablecido el Consejo Real con la misma planta que tenía antes de su supresión, y a partir del Real decreto de 14 de julio de 1858 cambió su nombre por el de Consejo de Estado, convirtiéndose en el supremo cuerpo consultivo del Estado, regulado por la Ley de 17 de agosto de 1860⁷⁶. Uno y otro, contribuyeron del mismo modo a la formación de una doctrina uniforme, convertida en garante del principio de la legalidad.

⁷³ Ramón FERNÁNDEZ, T- SANTAMARÍA, J. A.: *Legislación administrativa española del siglo XIX*. Madrid, 1977, pp. 154 ss. Un Real decreto posterior, de 22 de septiembre de 1845, completó la organización del Consejo Real, dividido en distintas secciones. La sección de lo contencioso conocerá de los asuntos de la Administración y de las apelaciones de los Consejos provinciales. *Ibidem*, p. 140. Suprimido tras la revolución de 1854, fue restablecido por Real Decreto de 16 de octubre de 1856 (*Ibidem*, p. 632), hasta quedar definitivamente disuelto por el Real Decreto de 14 de julio de 1858 que crea en su lugar el Consejo de Estado (*Ibidem*, pp. 633 ss.), regulado en la Ley de 17 de agosto de 1860 (*Ibidem*, p. 635).

En el período de 1834-1836 existió un Consejo Real de España y de Indias, sin otro carácter que el meramente consultivo. Véase, ARVIZU, F.: «El Consejo Real de España e Indias (1834-1836)», en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*. I.E.A., Madrid, 1974, pp. 387-431. Igualmente, SÁNCHEZ BELLA, I.: «La reforma de la administración central en 1834», *ibidem*, pp. 655-688.

⁷⁴ Ramón FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA: *Legislación administrativa...*, *op. cit.*, p. 153.

⁷⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 182 ss.

⁷⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 632 ss.

Estas altas instituciones del Estado hubieron de pronunciarse en diferentes ocasiones sobre las cuestiones que planteaba la sucesión de leyes municipales o de Ayuntamientos en momentos políticos tan dispares como son los que acontecen a lo largo del siglo XIX. En relación a la determinación de los límites de las nuevas demarcaciones provinciales y de los municipios, sentaron una doctrina uniforme que evitó la confusión ante la cascada de normas de distinto alcance sobre el régimen local y provincial.

Esta doctrina, que en buena medida es actualmente asumida por los órganos jurisdiccionales y consultivos, se sustenta en los principios siguientes:

1. *Validez de las actas de deslinde o de visitas anteriores, siempre que se consignen en documento público.*—Como la primera disposición sobre fijación de límites entre los distintos municipios no se promulgó hasta 1870, las sentencias del Tribunal Supremo contencioso administrativo y los dictámenes de los órganos consultivos del Estado anteriores a esa fecha inciden en la validez de los deslindes, amojonamientos, apeos y visitas anteriores. Al efecto tienen tal consideración los reconocimientos de términos practicados de común acuerdo entre las jurisdicciones limítrofes, siempre que los mismos consten en documento público, entendiéndose por tal, las actas de deslinde, las visitas de términos jurisdiccionales, o los apeos formalizados ante escribano público, o cualquier otro documento «decisivo» que acredite la vigencia de manera incontestable de una línea divisoria entre dos pueblos o jurisdicciones.

En tal sentido, la sentencia dictada por el Consejo Real bajo presidencia del ilustre político moderado Francisco Martínez de la Rosa, el 31 de enero de 1854⁷⁷, en un conflicto de términos que enfrenta a los Ayuntamientos de Béjar y Candelario, declara subsistentes los deslindes de términos municipales que consten en documentos públicos, mientras no se justifique fehacientemente su alteración por otros documentos posteriores. Esta sentencia asigna valor de documento público a las actas de deslinde, o visitas de términos de los años 1587, 1595, 1730, y otras en que se renovaron las anteriores con la conformidad de las autoridades respectivas de cada Ayuntamiento.

La sentencia de 26 de octubre de 1866⁷⁸ incide en la validez de los deslindes de términos municipales consignados en documentos públicos «mientras la alteración no se justifique con otros documentos posteriores de igual valor, o por los medios legales que el derecho ha establecido». Esta misma sentencia otorga plena validez a un deslinde histórico verificado en 1647, al no haberse demostrado la existencia de un apeo o amojonamiento posterior. Sienta igualmente esta sentencia la doctrina de que un documento de deslinde jurisdiccional no puede ser enervado por prueba testifical alguna, ni por otros documentos

⁷⁷ *Colección legislativa*, 1854, tomo 61, sentencia núm. 12, pp. 754 ss. Esta doctrina fue reiteradamente citada en distintas resoluciones gubernativas que resuelven conflictos entre diversos Ayuntamientos; véanse, la Real Orden de 26 de octubre de 1866 y el decreto de 5 de agosto de 1881, ambas citadas en la sentencia del Tribunal de lo contencioso de 18 de febrero de 1898.

⁷⁸ *Jurisprudencia administrativa*. Sentencia de 26 de octubre de 1866 (*Gaceta* de 27 de noviembre), tomo XIV, año 1866, p. 581.

relativos a inscripciones catastrales o de amillaramiento, que se limitan a fijar las demarcaciones a efecto del pago de las contribuciones.

Pero incluso después de la normativa de 1870, refrendada en 1889, se mantiene la misma línea jurisprudencial en relación a la validez de los deslindes tradicionales, siempre que se acredite su práctica de una manera continuada y siguiendo un mismo trazado. Son los «deslindes encadenados», aquellos que siguen siempre una misma trayectoria y son aceptados de común acuerdo por las jurisdicciones circunvecinas.

Una sentencia posterior, dictada por el Tribunal de lo contencioso el 18 de febrero de 1898⁷⁹, en un procedimiento que enfrenta a los Ayuntamientos vizcaínos de Güeñes y Zalla, sobre fijación de la línea divisoria jurisdiccional, reitera la doctrina expuesta por las sentencias citadas, en tanto establece la validez de los deslindes consignados en documento público, cuya fuerza y valor es subsistente y debe respetarse mientras su alteración no se justifique con otros documentos de igual clase e importancia jurídica. Esta sentencia asigna validez *a las visitas de términos o de jurisdicción*, practicadas por las autoridades de los concejos respectivos en distintos años de los siglos XVII y XVIII, y conservadas en los libros de deslindes jurisdiccionales de los respectivos municipios, al apreciarse la continuidad de la línea trazada en todos los deslindes practicados.

La doctrina sentada en esta sentencia del Tribunal de lo contencioso ha sido reiterada en distintas resoluciones posteriores. La importante sentencia, por distintos conceptos, del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1902, recoge en uno de sus fundamentos que, «tratándose de deslinde de pueblos, y como consecuencia de ello, de la fijación de sus respectivos términos municipales, deben tenerse ante todo en cuenta para resolver las cuestiones que se susciten, según las reglas generales del derecho y la jurisprudencia sentada, los documentos que se refieran a anteriores deslindes como más análogos a lo que es objeto del debate...»⁸⁰.

En una nueva y posterior sentencia, dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo el 26 de abril de 1930, se asignó valor decisorio a lo que se denomina carta-partida de 1456, para resolver un conflicto de términos municipales entre Azcoitia y Azpeitia, basando la resolución sobre la doctrina sentada hasta el momento y ajustada «...a lo que resulte de los deslindes anteriormente practicados y aceptados por los pueblos contrincantes...»⁸¹.

⁷⁹ *Jurisprudencia administrativa*. Sentencia de 18 de febrero de 1898, p. 398 ss.

⁸⁰ *Jurisprudencia administrativa*. Sentencia de 23 de octubre de 1902, p. 349 ss. Esta sentencia ha sido reiterada en otras del mismo alto Tribunal: las sentencias de 20 de marzo y 15 de noviembre de 1928, 4 de junio de 1941, y las más recientes de 30 de octubre de 1979, 26 de febrero de 1983 y 10 de diciembre de 1984. Idéntica doctrina ha sido asumida en diferentes dictámenes del Consejo de Estado (dictámenes 1312, 2130, 40334, 39764, 53447, 1245/93, 1625/93, 897/99, todos ellos citados en el número 3704/2002, de 13 de marzo de 2003, en el expediente de deslinde entre Cangas de Narcea (Principado de Asturias) y Villablino (León).

⁸¹ *Jurisprudencia administrativa*. Sentencia de 26 de abril de 1930, tomo 137, año 1930, p. 788.

2. *Necesidad de incoar un expediente de agregación/segregación para la alteración de una línea divisoria entre términos limítrofes.*—La legislación del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX en materia de deslindes determinaba que la línea divisoria entre jurisdicciones habría de ser trazada atendiendo a «la posesión de hecho» en que se encontraban los pueblos limítrofes en el momento de practicar la operación del deslinde; esto era tanto como reconocer la validez de la línea que traía causa de tiempo inmemorial y que era aceptada por los municipios respectivos.

Ahora bien, cuando se trataba de segregar un terreno de un pueblo para agregarse a otro, no era válida la mera práctica de un deslinde entre términos municipales. Según la sentencia del Tribunal Supremo contencioso administrativo de 28 de febrero de 1881, en este supuesto resultaba imprescindible iniciar en la esfera administrativa el correspondiente expediente de segregación, con audiencia de los pueblos interesados. La resolución adoptada tras la sustanciación del mismo era título suficiente y legítimo para la alteración de los límites entre jurisdicciones vecinas.

Al no observarse los trámites administrativos exigidos, el alto tribunal determinó que «el acto (una resolución dictada por la Comisión provincial) adolece de un vicio de nulidad que lo hace insostenible», siendo así además, «por no haberse respetado el estado posesorio que tenía uno de los pueblos interesados en dichos terrenos, y porque ha sido motivo de un desvío del procedimiento ordenado para esta clase de negocios por la ley de 25 de septiembre de 1863»⁸².

A mayor abundamiento, una Real Orden de 21 de junio de 1906, acogiendo la doctrina sentada por el Consejo de Estado, al resolver un conflicto de términos planteado entre el pueblo de Lagrán (Álava) y Bejauri y Laño (Condado de Treviño, Burgos), estableció que el derecho de un pueblo sobre un terreno no puede quedar enervado por una alteración errónea de límites hecha por medio de un acta levantada en 1889, al amparo del Real Decreto de 30 de agosto de ese año, porque «las alteraciones (en este caso de términos provinciales) no pueden hacerse, con arreglo al contenido de la ley de 29 (debe decir 30) de agosto de 1889 sino por virtud de otra disposición de análogo carácter»⁸³.

3. *La importancia de la divisoria natural (cursos de aguas, aguas vertientes, cumbres y crestas...) en la definición de las líneas de términos.*—El recurso a la divisoria natural del terreno se empleó al no existir medio alguno de prueba del trazado divisorio, o al no estimarse como válidos y suficientes los derechos alegados por las partes en conflicto. Así, la sentencia de 15 de septiembre de 1847 dejó establecido que «cuando ninguno de los pueblos contendientes sobre deslinde de sus respectivos términos demuestra que sus dere-

⁸² Real Decreto sentencia de 28 de febrero de 1881. *Gaceta* del día 10 de junio. Extracta su contenido GÓMEZ ACEBO Y CORTINA, J., DIAZ MERRY, R.: *Diccionario General de Jurisprudencia contencioso-administrativa*, Madrid, 1889, pp. 463 ss.

⁸³ Alcubilla. Apéndice de 1906 (Legislación). Dictamen del Consejo de Estado, recogido en la Real Orden de 21 de junio de 1906, que resuelve un expediente de deslinde entre los pueblos de Lagrán (Álava) y Bejauri y Laño (Condado de Treviño, Burgos).

chos tienen la calidad de exclusivos, *hay que seguir la división natural del terreno*, dejando a salvo los derechos de las partes en el juicio competente»⁸⁴. Esta sentencia resuelve un conflicto de límites entre el Ayuntamiento de Caudau y el de Bombay, ambos en la provincia de Valencia, surgido del aprovechamiento común de unos terrenos por ambos Ayuntamientos. Al no existir prueba suficiente que demuestre que aquellos derechos tuvieran la calidad de exclusivos, se optó por la división natural del terreno, dejando a salvo los derechos de las partes a su aprovechamiento en el juicio civil correspondiente.

El uso compartido de unos mismos terrenos por los vecinos de Ayuntamientos colindantes dio lugar a una abundante litigiosidad durante todo el siglo XIX. Por esta misma causa, se planteó un conflicto de términos municipales entre Viandar y Calaveruela, ambos de la provincia de Cáceres, resuelto con arreglo a la divisoria natural del terreno por sentencia del Tribunal Supremo contencioso administrativo de 4 de mayo de 1874⁸⁵. Ambos municipios mostraron su conformidad con el uso compartido de los terrenos de la Hoz y del Barranco, como así lo venían haciendo desde tiempo inmemorial, pero discrepan en cuanto a la asignación jurisdiccional de esos parajes, sobre los cuales ambos aspiran a ejercer sus competencias municipales.

4. *Los instrumentos de contenido económico (los libros de amillaramientos o de repartos de contribución territorial...) no constituyen por sí solos documentos decisivos de deslinde, pudiendo ser tenidos como prueba supletoria en cuanto no se opongan a ellos otros documentos específicos de deslinde.*—Este principio general aparece acogido en la sentencia de 13 de febrero de 1904⁸⁶, que implícitamente acoge la doctrina de sentencias anteriores dictadas por el mismo tribunal el 26 de diciembre de 1879, y el 5 de agosto de 1881. Aquella establecía que «como medios de prueba no pueden admitirse datos sacados de amillaramientos de épocas relativamente modernas...». No obstante, otorgaba validez a las respuestas generales dadas al interrogatorio de 1751, en una de las cuales, a la pregunta de con qué pueblos confina la jurisdicción, se define con precisión la línea límite que separa el Ayuntamiento de Estepa del de Herrera (ambos en la actualidad en la provincia de Sevilla). Si bien la información solicitada a modo de interrogatorio posteriormente sirvió de base para la formación del Catastro del Marqués de Ensenada, no debe reputarse *ab origine*, según criterio más que discutible, pero recogido en la sentencia que extractamos, que tuviera exclusivamente un carácter económico o fiscal.

La sentencia de 1881 destacó «que el principal objeto (de los amillaramientos y demás instrumentos públicos de orden económico) es hacer constar la extensión, la calidad y el avalúo de las fincas y bienes de toda especie, incluso los derechos, tributos, etc., figurando en ellos sólo como accidente la designación del término municipal en que los terrenos se hallan, y si bien debe ser

⁸⁴ *Colección legislativa*. Año 1847, tomo 42, sentencia núm. 8, p. XCV.

⁸⁵ *Jurisprudencia administrativa*. Sentencia de 4 de mayo de 1874, tomo XXV, año 1874, pp. 506 ss.

⁸⁶ *Jurisprudencia administrativa*. Sentencia de 13 de febrero de 1904, pp. 238 ss.

fiel y exacta, no constituye por sí solo documento decisivo de deslinde». Ello no obsta para que los registros de contenido económico puedan ser tenidos «como prueba supletoria de deslinde en cuanto no se opongan a ellos otros documentos especiales de apeo y demarcación formalizados expresamente con el propósito de que consten los verdaderos límites de la jurisdicción administrativa de cada pueblo y de que produzcan fe en cuanto a la fijación de sus linderos»⁸⁷.

5. *Distinción entre hitos o mojones que fijan la divisoria de jurisdicción, de otras marcas sobre el terreno que indican servidumbres de pastos o de abrevadero.*—La sentencia del Tribunal de lo contencioso de 17 de octubre de 1896 hizo distinción de los mojones que definen la jurisdicción entre los pueblos de Rionegro del Puente y Mombuey, Ayuntamientos ambos pertenecientes a la provincia de Zamora, de aquellas marcas (montones de tierra y piedra) que delimitan unos terrenos a los solos efectos de su aprovechamiento por los ganados. Aquellos mojones, en forma de «peñas vivas» con señales cinceladas de deslindes antiguos, definen la línea divisoria de los términos municipales, que fue reconocida el 6 de diciembre de 1889 y que debe reputarse como válida y legal, en tanto confirmatoria de los deslindes anteriores⁸⁸.

En tiempos más recientes, la doctrina del Consejo de Estado⁸⁹ y del Tribunal Supremo, gestada bajo vigencia de la Constitución española de 1978, sigue una pauta coincidente con la expuesta, sustentada en el principio general de la validez de los deslindes anteriores practicados de conformidad entre los municipios interesados. En defecto de estos documentos, cabe el recurso a aquellos otros, que, aunque no sean de deslinde, expresen de un modo preciso la situación de los terrenos cuestionados. De esta doctrina firme y reiterada se infiere la *estabilidad o continuidad de los deslindes*, que en su día fueron consentidos por los representantes de las partes afectadas⁹⁰.

⁸⁷ El Real Decreto sentencia de 5 de agosto de 1881, se publicó en la *Gaceta* del 8 de noviembre. Extracta su contenido GÓMEZ ACEBO Y CORTINA-DÍAZ MERRY. *Diccionario General de Jurisprudencia...*, cit., pp. 463 ss.

⁸⁸ *Jurisprudencia administrativa*. Año 1896. Sentencia de 4 de enero de 1896, pp. 221 ss.

⁸⁹ La Comisión Permanente del Consejo de Estado como órgano consultivo es el competente para emitir informe preceptivo en la resolución de los conflictos de términos entre ayuntamientos, provincias y comunidades autónomas, como así se dispone en el artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1985, de 2 de abril, en relación con los artículos 13.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y 10 del Real Decreto Legislativo 781/1985, de 18 de abril, y en el artículo 24 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, dictamen que se emite después de la propuesta de resolución de la Dirección General de la Administración Local, y antes de la resolución de ésta a la vista del dictamen del Consejo.

⁹⁰ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1264/2003, a propósito de la fijación de los límites municipales de Ugena (Toledo) y Serranillos (Madrid). Acoge el Consejo de Estado esta doctrina en el dictamen 2905/2002, de 6 de marzo de 2003, y en los dictámenes citados en la nota 80. Doctrina que ha sido reiterada a su vez en todas las sentencias del Tribunal Supremo sobre esta cuestión (Sentencias de 23 de octubre de 1902, 20 de marzo y 15 de noviembre de 1928, 4 de junio de 1941, 30 de octubre de 1979, 26 de febrero de 1983 y 10 de diciembre de 1984, entre otras).

Son, por lo tanto, la tradicionalidad y la conformidad los requisitos que otorgan validez a los deslindes. Esta doctrina está legalmente recogida en el artículo 19 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial⁹¹, así como en el artículo 7 del Real Decreto 3426/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de deslinde de términos municipales pertenecientes a distintas Comunidades.

Del mismo modo, en reiterada doctrina del Tribunal Supremo y del más alto cuerpo consultivo del Estado, se reserva al Instituto Geográfico Nacional, como órgano especializado, *la apreciación técnica* de la validez de las líneas divisorias defendidas por las partes en conflicto, a la vista de los deslindes anteriores documentados, y de los datos topográficos incorporados a las actas. A su vez, *la apreciación jurídica* corresponde al Consejo de Estado, a la vista de las pruebas y documentos aportados por las partes. Los informes del Instituto, aunque no vinculantes para el Consejo de Estado, en su alta función consultiva, ni para la Administración, en la resolución de los expedientes gubernativos, ni para los tribunales, en la resolución de las cuestiones contenciosas, resultan sin embargo decisivos⁹².

JUAN BARÓ PAZOS

⁹¹ Cit.

⁹² Así lo ha reconocido en no pocos dictámenes el Consejo de Estado. Valga por todos el dictamen 1352/1998. Deslinde Navarredonda y Villavieja de Lozoya, ambos de la Comunidad Autónoma de Madrid; en el mismo sentido el dictamen 1625/93, citado en otros muchos, como por ejemplo en el núm. 3/2000, del que literalmente entresaco lo siguiente: «La naturaleza misma de la operación pone en evidencia la importancia del juicio técnico y desde la realidad de esta apreciación fáctica o técnica, la función del Consejo de Estado se proyecta más en el campo de las garantías que en el de las estimaciones técnicas, una vez apreciadas la regularidad, justificación y coherencia de las apreciaciones de los técnicos».

La Audiencia de Guatemala y sus Consejeros de Indias en el siglo XVI

SUMARIO: 1. Introducción. Presidentes-gobernadores, oidores y consejeros de Indias en la Audiencia de los Confines y de Guatemala.-2. El doctor Antonio González, primer consejero de Indias de *los Confines* de Guatemala y Nicaragua: la experiencia recompensada de un rico letrado indiano.-3. El doctor Eugenio de Salazar: el jurista-poeta, hombre de de leyes y de letras.-4. El doctor Alonso Criado de Castilla: un consejero supernumerario, hombre de letras y de armas, o el signo de un nuevo siglo.-*Apéndice documental.*

«Ayer se fue, mañana no ha llegado,
hoy se está yendo sin parar un punto;
soy un fue, y un seré, y un es cansado.»

«A todos dejo en mi dolor ejemplo,
y al desengaño mando hacer un templo,
y mando, si el caudal a tanto alcanza,
fundar un hospital de la esperanza,
donde se acaben con sus propias manos
los incurables sanos.

De los bienes y males que poseo,
dejo por mi heredero a mi deseo.
Y de las joyas mías,
que son las advertencias y verdades,
quiero que te rescaten libertades,
y lo demás se gaste en obras pías,
pues muero de crueldades.»

(Francisco de Quevedo, *Poesía sobre la muerte*)¹

¹ Como es bien sabido, en la poesía de Francisco (Gómez de) Quevedo y Villegas (1580-1645), nada o casi nada puede ser explicado sin la presencia de la muerte. La vida y la muerte no

No se dispone, hasta la fecha, de un estudio de conjunto sobre la Audiencia Real de los Confines y de Guatemala. Desde el punto de vista histórico-jurídico e institucional, como desde casi todos los demás (social, económico, político) que integran una perspectiva histórica general o global, todo está por hacer: tanto en lo que se refiere al siglo XVI, como a los siglos XVII, XVIII y XIX. Existen, ciñéndonos, en lo que aquí interesa, al quinientos, algunas crónicas, como las de los dominicos Remesal² y Ximénez³, el franciscano Vázquez⁴ o el capitán Fuentes y Guzmán⁵; alguna edición parcial de fuentes, como las de Peralta⁶, León Fernández⁷ y Molina Argüello⁸, o la conocida, con poca fortuna en

representan, en Quevedo, planos diferentes, sino las dos caras de una misma entidad: la humana, contingente, tiempo consumido y que se consume, inevitablemente. La muerte, no como algo venidero, sino como tiempo latente y percedero, que *está* en cada ser humano desde el momento mismo de su nacimiento. De raíz estoica y cristiana, los versos quevedescos son el mejor testimonio de la vida en la España de la Contrarreforma y el Barroco: de la vida como muerte sentida y vivida, que aflora, desde luego, también en las disposiciones más trascendentes adoptadas por los hombres, de su época, en la nuestra y siempre, las de última voluntad o *mortis causa*, como se podrá ver. Sobre estas cuestiones, resulta muy pertinente JIMÉNEZ MARTOS, Luis: *Introducción a su selección y edición de QUEVEDO, Francisco de, Poesía de España, la Muerte y Dios*, Madrid, 1980, pp. 5-46, en especial, pp. 27-40. El primer terceto corresponde al soneto titulado *Representase la brevedad de lo que vive y cuán nada parece lo que se vivió* (*Ibid.*, p. 107). La segunda cita es un fragmento de su epitafio y testamento (*Hace últimamente su testamento*), al tiempo que una eterna declaración de amor humano, desnuda y postrera: «Del cuerpo desdichado./ que tanto padeció por obligarte./ mando a la tierra aquella poca parte/ que al fuego le sobró, y a mi cuidado [...] Dejar envidia quiero/ a quien supiere que por Lisi muero:/ sola a ti, en tal jornada./ por no dejarte, no te dejo nada» (*Ibid.*, pp. 123-124).

² REMESAL, O. P., Fray Antonio de, *Historia General de las Indias Occidentales y particular de la Gobernación de Chiapa y Guatemala*, estudio preliminar de Carmelo Sáenz de Santa María, 2 tomos, México, 1988 (1.ª ed., Madrid, 1619-1620).

³ XIMÉNEZ, O. P., Fray Francisco, *Historia de la Provincia de San Vicente de Chiapa y Guatemala de la Orden de Predicadores*, paleografía y anotaciones de C. Sáenz de Santa María, 2 tomos, Guatemala, 1977 (hay otra edición, en 4 tomos, Guatemala, 1965; y, otra, en 5 tomos, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México, 1999).

⁴ VÁZQUEZ, O. F. M., Fray Francisco, *Crónica de la Provincia del Santísimo Nombre de Jesús de Guatemala de la Orden de Nuestro Seráfico Padre San Francisco en el Reino de la Nueva España*, prólogo, notas e índices por el R. P. Lic. Fray Lázaro Lamadrid, OFM, 4 tomos, Guatemala, 1937-1944 (1.ª ed. en 2 tomos, Guatemala, 1714-1716).

⁵ FUENTES Y GUZMÁN, Francisco Antonio de, *Recordación Florida. Discurso historial, natural, material, militar y político del Reyno de Goathemala*, 2 tomos, Madrid, 1882-1883 (reedición en las *Obras históricas de Don Francisco Antonio de Fuentes y Guzmán*, edición y estudio preliminar de C. Sáenz de Santa María, Biblioteca de Autores Españoles, 3 tomos, Madrid, 1969-1972; 1.ª ed. parcial, 2 tomos, Madrid, 1882-1883; 1.ª ed. completa, 3 tomos, Guatemala, 1932-1934).

⁶ PERALTA, Manuel M. de, *Costa Rica, Nicaragua y Panamá en el siglo XVI. Su historia y sus límites según los documentos del Archivo de Indias de Sevilla, del de Simancas, etc., recogidos y publicados, con notas y aclaraciones históricas y geográficas*, por..., Madrid-París, 1883.

⁷ FERNÁNDEZ, León, *Colección de Documentos para la Historia de Costa Rica*, 10 tomos, París, 1881-1907; e *Id.*, *Historia de Costa Rica durante la dominación española, 1502-1821*, Madrid, 1889.

⁸ *Monumenta Centroamericae Historica. Colección de documentos y materiales para el estudio de la historia y de la vida de los pueblos de la América Central*, dirigida y compilada por Federico Argüello Solórzano y Carlos Molina Argüello, vol. I, Managua, 1965 (hay reedición posterior, Managua, 1997).

la denominación, como *Colección Somoza*⁹; y algunas monografías y artículos particularmente valiosos, de los que conviene destacar, entre los modernos historiadores, e hispanistas o americanistas, a Chamberlain¹⁰, Sáenz de Santa María¹¹, Saint-Lu¹², MacLeod¹³, Lutz¹⁴, Lovell¹⁵ o De Vos¹⁶, y, en general, a García Añoveros¹⁷ y Luján Muñoz¹⁸. Pero, nadie se ha atrevido, hasta ahora, con la historia institucional de la Audiencia guatemalteca. Y esta laguna historiográfica se ha mantenido, quizá, olvidando que el istmo centroamericano siempre tuvo gran importancia, y presencia, en el entramado institucional de la

⁹ [COLECCIÓN SOMOZA], *Documentos para la Historia de Nicaragua*, 17 tomos, Madrid, 1954-1957.

¹⁰ CHAMBERLAIN, Robert S.: *The Conquest and Colonization of Honduras, 1502-1550*, Washington, 1953.

¹¹ SÁENZ DE SANTA MARÍA, Carmelo: *El Licenciado Don Francisco Marroquín. Primer Obispo de Guatemala (1499-1563). Su vida. Sus escritos*, Madrid, 1964.

¹² SAINT-LU, André: *La Vera Paz, esprit évangélique et colonisation*, París, 1968; e *Id.*, *Condición colonial y conciencia criolla en Guatemala (1524-1821)*, Guatemala, 1978 (1.ª ed. en francés, París, 1970).

¹³ MACLEOD, Murdo J.: *Historia socio-económica de la América Central española, 1520-1720*, Guatemala, 1980.

¹⁴ LUTZ, Christopher H.: *Historia socio-demográfica de Santiago de Guatemala, 1541-1773*, 2.ª ed., La Antigua Guatemala, 1984 (1.ª ed., Guatemala, 1982).

¹⁵ LOVELL, William George: *Conquista y cambio cultural. La Sierra de los Cuchumatanes de Guatemala, 1500-1821*, Antigua Guatemala, 1990 (1.ª ed. en inglés, MacGill-Queen's University Press, Kingston y Montreal, 1985).

¹⁶ VOS, Jan de: *La paz de Dios y del Rey. La conquista de la selva lacandona, 1525-1821*, México, 1988 (1.ª ed., Gobierno del Estado de Chiapas, 1980); e *Id.*, *Los enredos de Remesal. Ensayo sobre la conquista de Chiapas*, México, 1992.

¹⁷ GARCÍA AÑOVEROS, Jesús María, «La realidad social de la diócesis de Guatemala», en *Mesoamérica*, Antigua Guatemala, 1 (1980), pp. 104-173; *Id.*, *Población y estado socio-religioso de la Diócesis de Guatemala a finales del siglo XVIII*, Guatemala, 1987; *Id.*, «Visitas pastorales en las diócesis del Reino de Guatemala, 1752-1791», en *Hispania Sacra*, Madrid, 42 (1990), pp. 635-686 y 43 (1991), pp. 227-326; *Id.*, «Fray Bartolomé de las Casas. Mito y realidad», en los *Anales de la Academia de Geografía e Historia de Guatemala*, Guatemala, 65 (1991), pp. 95-141; *Id.*, «Carlos V y la abolición de la esclavitud de los indios. Causas, evolución y circunstancias», en la *Revista de Indias*, Madrid, LX, 218 (enero-abril, 2000), pp. 57-84; e *Id.*, «Introducción» a Pedro Cortés y Larraz, *Descripción geográfico-moral de la Diócesis de Goathemala, hecha por su Arzobispo, el Ilustrísimo Señor Don...*, edición de Julio Martín Blasco y J. M. García Añoveros, Madrid, 2001, pp. 11-30.

¹⁸ LUJÁN MUÑOZ, Jorge: «Reducción a pueblos», en sus *Inicios del Dominio Español en Indias*, introducción, selección y notas de..., Guatemala, 1968, pp. 305-338; *Id.*, «Los caciques gobernadores de San Miguel Petapa (Guatemala) durante la colonia», en *Mesoamérica*, 1 (1980), pp. 56-77; *Id.*, *Los Escribanos en las Indias Occidentales*, 3.ª ed., México, 1982; *Id.*, «Los caciques en la Audiencia de Guatemala: realidad y legislación», en las *Actas del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Valladolid, 1983, pp. 323-339; *Id.*, «El Reino de Guatemala y su consolidación», en la *Historia General de España y América* de Ediciones Rialp, t. IX-2, Madrid, 1984, pp. 155-189; *Id.*, «Los primeros asentamientos urbanos en el Reino de Guatemala», en los *Anales de la Sociedad de Geografía e Historia de Guatemala*, Guatemala, 59 (1985), pp. 69-78; *Id.*, *Agricultura, mercado y sociedad en el Corregimiento del Valle de Guatemala, 1670-1680*, Guatemala, 1988; e *Id.*, *Breve Historia Contemporánea de Guatemala*, México, 1998. Y Luján Muñoz, J. (dir.), *Historia General de Guatemala*, 6 tomos, Guatemala, 1994-1997.

América Hispana. No en vano, por la Centroamérica del siglo XVI pasaron, residieron, mandaron e influyeron personalidades tan relevantes, y discutidas, como las de Hernán Cortés, Pedrarias Dávila, fray Bartolomé de las Casas, el obispo Francisco Marroquín o el licenciado Cerrato. Sin olvidar a ese regidor del cabildo de la ciudad de Santiago de los Caballeros de Guatemala que fue, hasta su muerte de conquistador y cronista, Bernal Díaz del Castillo.

De ahí que el investigador o el estudioso de dicha Audiencia tenga que aplicarse, creo yo, modesta y forzosamente, como lema personal, ese aforismo tan acertado, atribuido a Baltasar Gracián, de *Tened paciencia y tendrás ciencia*. Por lo tanto, toda contribución que se haga a la historia institucional de *los Confines de Guatemala y de Nicaragua* resultará necesaria¹⁹, a la espera de ese estudio de conjunto que habrá de aguardar, o así será conveniente, a su vez, a la elaboración de múltiples aportaciones parciales previas. Una de ellas, en los términos apuntados de modestia indagatoria, pretende ser la que integran las presentes páginas. Se trata de la reconstrucción biográfica de tres destacados protagonistas de la vida institucional centroamericana en el siglo XVI: dos presidentes de la Audiencia de Guatemala, los doctores Antonio González (1570-1573) y Alonso Criado de Castilla (1598-1611), y un fiscal de la misma Audiencia, el doctor Eugenio de Salazar (1576-1581). Su característica común fue la de un particular talento personal, eficacia o fortuna, que les condujo a la cúspide del *cursum honorum* de su época: la plaza de ministro en el Real y Supremo Consejo de las Indias. Fueron, pues, los tres únicos fiscales, oidores o presidentes-gobernadores de la Audiencia de Guatemala que, en la centuria decimosexta, alcanzaron tan relevante cargo, político-administrativo²⁰. Al ser sus vidas, y biografías, dispares –en la medida en que lo puedan ser las de tres letrados coetáneos, ministros del rey, que vivieron en un mismo tiempo, y en espacios coincidentes–, pero, a la vez, complementarias, no cabe duda de que podrán depararnos datos de interés para conocer, e interpretar, las peripecias de dicha vida institucional. Puesto que las instituciones históricamente evolucionan, configuradas, informadas, y a veces deformadas, por el derecho, que las

¹⁹ El autor de estas líneas tiene, en curso de redacción, una sobre, y bajo el título de, *La Real Audiencia de los Confines y de Guatemala en el siglo XVI*.

²⁰ Un investigador tan acucioso, erudito e informado como Javier Barrientos sostenía, en 1994, que el doctor Francisco de Sande, presidente, gobernador y capitán general de la Audiencia de Guatemala, y de su distrito, entre 1594 y 1596, «al momento de su muerte estaba promovido a una plaza del Consejo de Indias» [BARRIENTOS GRANDÓN, J.: «Estado Moderno y Judicatura letrada en Indias. Colegiales del de Santa María de Jesús de Sevilla en plazas togadas», en *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, Zaragoza, 3-4 (1994-1995), pp. 247-307; la cita, en la p. 286]. Lo cierto es que el doctor Sande murió en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, el 22 de septiembre de 1602, suspendido en su cargo de presidente de la Audiencia del Nuevo Reino de Granada, como consecuencia de la visita emprendida por el licenciado Andrés Zaldierna de Mariaca, pero sin haber sido promovido a plaza alguna de consejero de Indias. Con posterioridad, Barrientos ha rectificado este dato en su monumental obra sobre *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «*De Iurisdictio Animata*» en *el Nuevo Mundo*, tesis doctoral inédita, 2 tomos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, t. II. *Catálogo alfabético de letrados en plazas togadas de Indias (1511-1834)*, núm. 1610, p. 1084.

crea pretendidamente estables, pero que casi siempre ha de reformarlas, evolutiva o involutivamente, o suprimirlas en razón de su aplicación social, y de las circunstancias, justas o injustas, de la misma en la vida de los individuos, y de las sociedades.

Acompañan a estas tres paralelas biografías, hasta cierto punto sustentándolas, dado que el hombre, de acuerdo con Quevedo, en la cita preliminar de sus versos que figura en el frontispicio de este artículo, tan célebres y certeros, es un *fue*, y un *seré*, y un *es cansado*, otros tres, y respectivos, apéndices documentales, de otros tantos inéditos: los testamentos y codicilos de los doctores Antonio González, de Valladolid, a 8 de julio de 1602²¹, y de Eugenio de Salazar, de Madrid, a 1 de mayo de 1601²²; y la relación de los méritos y servicios del doctor Alonso Criado de Castilla, que su hijo Andrés, hacia 1611, hizo imprimir, póstumamente, a fin de alcanzar alguna merced de Felipe III²³. De esta forma, al ser contemplada la vida de estos tres consejeros de Indias, bien personalmente (caso de González y de Salazar), bien a través del punto de vista filial (caso de Criado de Castilla), en todos ellos desde la perspectiva cierta de la muerte inminente o ya consumada, el testimonio individual de su ser y acontecer se conjuga con el colectivo de la sociedad de su época, enriqueciendo tanto nuestra perspectiva de historiadores como la visión de conjunto de dicha sociedad, y de dicha época histórica, también, por supuesto, histórico-jurídica. Sin olvidar, al mismo tiempo, que lo iushistórico constituye el basamento de las ahora conocidas con el apelativo de *mentalidades colectivas*. Es decir, el sistema de valores culturales, religiosos y sociales presente en una sociedad (y, obviamente, en los individuos, o en la mayoría de ellos, que la componen, puesto que no debe olvidarse que toda sociedad es una suma de individuos), y en un período histórico determinado. En los años sesenta del siglo XX, en el seno de las tendencias agrupadas en la llamada –algo, o muy, imprecisamente, desde luego– *Nueva Historia*, surgida en el ámbito de la conocida como *Escuela de los Annales*, que pretendían construir una denominada *Historia total*, se desarrolló una cierta *Historia de las mentalidades colectivas*, cuyo objetivo sería el de conseguir una imagen, más o menos nítida, del *sentir colectivo* ante los hechos y cuestiones más comunes, y, no por ello, más irrelevantes. No perseguía, ni persigue todavía, una historia de personajes *individuales*, sino *colectivos*: de un estamento, de una clase social, del campesinado, de los habitantes de las ciudades, etc. Para lograr tal propósito, habría que aplicar una de las principales, básicas, tesis de la sociología: la de que los valores asumidos por una colectividad se manifiestan en las conductas individuales, de modo que a través de éstas se puede llegar a conocer aquéllos, al menos, de forma aproximada. Sería necesario, por tanto, acudir a una base documental amplia, tanto

²¹ Archivo Histórico de Protocolos (AHP) de Madrid, Protocolo 2109, ff. 1059 r-1070 v.

²² AHP, Protocolo 2695, ff. 468 r-476 v. La información de apertura y publicación del testamento ológrafo y cerrado del doctor Salazar y de su esposa, Catalina Carrillo, ante el licenciado Martín Fernández Puertocarrero, alcalde de Casa y Corte, y Bartolomé Gallo, escribano real y de provincia, en la villa de Valladolid, de 17 de octubre de 1602, en AHP, Protocolo 2695, ff. 457 r-467 r.

²³ Archivo General de Indias (AGI) de Sevilla, Audiencia de Guatemala, leg. 60, ff. 1 r-16 r.

en representatividad como en contenido, y a una delimitación geográfica y social, histórica, precisas. Ahora bien, para interpretar estos fenómenos sociológicos históricos, constatados documentalmente, habría que abstraer, forzosamente, los aspectos individuales aportados por las fuentes archivísticas. El riesgo de tal método de abstracción radicaría en constituir una determinada estructura interpretativa del pasado, cuyos mecanismos explicativos se verificasen al margen de las conciencias y de las decisiones individuales. O, lo que es lo mismo, el peligro radicaría en silenciar a los protagonistas, indispensables, perennes, de la historia (los hombres), colocando, en su lugar, como único elemento constitutivo, el sistema de relaciones y transformaciones sociológicas de carácter histórico. De tal modo que, el hombre, el sujeto histórico, sólo parecería limitado a actuar dentro del marco definido por la estructura sociológica, y en el sistema de relaciones que en su seno se pudiesen establecer. Fuera del proceso de sus actos, el hombre, el sujeto histórico, quedaría sin significado. Ésta sería la imagen, y las conclusiones, reflejadas en investigaciones tan sólidas como las de los principales historiadores que han sido pioneros, y representativos, de dicha *Historia de las mentalidades colectivas*, como es el caso de Philippe Ariès²⁴, Michel Vovelle²⁵, François Lebrun²⁶ o Alain Croix²⁷.

En el mundo de las mentalidades colectivas, la actitud histórica ante la muerte y la religiosidad cotidiana ha constituido uno de sus principales ámbitos de indagación. Por lo que se refiere a sus fuentes documentales, la primordial, por supuesto, es el *testamento*, como expresión de la mentalidad religiosa, y de los valores sociales y culturales de una época, e incluso de sus prácticas económicas. De todo ello hay en las dos disposiciones *mortis causa* transcritas en los dos primeros números del *Apéndice documental* final, como se verá. Eso sí, siempre con la prevención de que, en tales fuentes, tan importante es aquello que se expresa (*legendum*) como aquello que no se expresa, pero que se halla igualmente presente, por sobrentendido (*tacendum*). Por otra parte, no debe olvidarse que la perspectiva de una muerte segura, y, por lo general, inminente, decide al testador a redactar sus cláusulas de últimas voluntades alejado de la lente deformante de la hipocresía, del amor propio, de los sentimientos ocultos de venganza o de resentimiento, de la frivolidad o, en definitiva, de la mentira.

²⁴ ARIÈS, Ph.: *Essais sur l'histoire de la mort en Occident. Du Moyen Âge à nos jours*, Editions du Seuil, París, 1975; *Id.*, *L'homme devant la mort*, Editions du Seuil, París, 1977; e *Id.*, *Images de l'homme devant la mort*, Editions du Seuil, París, 1983.

²⁵ VOVELLE, M.: *Vision de la mort et de l'au-delà en Provence d'après les autels des âmes du purgatoire, XVe-XXe siècles*, Armand Colin, París, 1970; *Id.*, *Piété baroque et déchristianisation en Provence au XVIIIe siècle*, Plon, París, 1973; *Id.*, *Mourir autrefois. Attitudes collectives devant la mort aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Gallimard, París, 1974; *Id.*, *Les métamorphoses de la fête en Provence de 1750 à 1820*, Aubier-Flammarion, París, 1976; *Id.*, *La mort et l'Occident*, Gallimard, París, 1980; *Id.*, *De la cave au grenier. Un itinéraire en Provence de l'histoire sociale à l'histoire des mentalités*, Edisud, Serge Fleury, Quebec, 1980; e *Id.*, *Ideologies et mentalités*, François-Maspero Fondation, París, 1982.

²⁶ LEBRUN, F.: *Les hommes et la mort en Anjou aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Mouton, París, 1971.

²⁷ CROIX, A.: *La Bretagne au XVIe et XVIIe siècles. La vie, la mort, la foi*, 2 tomos, Maloine Editeur, París, 1981.

Si hay que presuponer auténtica voluntad constatada en un documento, en una fuente histórica, el mejor caso, o la ocasión más propicia, ha de ser, lógicamente, la testamentaria. Toda una vida discurre, comúnmente, a lo largo de unas pocas, o muchas, disposiciones o cláusulas, y, con ellas, toda una mentalidad, toda una época y todo un conjunto de valores sociales, religiosos y, en lo que más atañe aquí, también institucionales. El rigor y la solemnidad de las disposiciones testamentarias sirve para acreditar fehacientemente, como es sabido, la identidad, capacidad y libertad del otorgante, asegurando, al mismo tiempo, que su voluntad permanezca en el más allá, que trascienda válidamente a la muerte.

Junto a las cláusulas jurídicas, dichos testamentos abundan en otras de estilo, sobre todo, las confesionales, cuales son las declaraciones de fe (*En el nombre de la Santísima Trinidad, Dios Padre, Dios Hijo, Dios Espíritu Santo*) y la elección de intercesores (*la gloriosa Virgen María, Nuestra Señora, Madre de Dios*), más valiosas todavía, si cabe, al margen de los obligados formularios de los escribanos, tratándose, como así acontece con los de los doctores Antonio González y Eugenio de Salazar, de testamentos ológrafos y cerrados. A ellas siguen, invariablemente, las disposiciones sobre el propio otorgante: la elección de hábito (*ser sepultado con el hábito del señor San Francisco*), la elección de sepultura (*en el monasterio de San Francisco del lugar donde falleciere, o en la iglesia parroquial más cercana al domicilio, con traslado posterior a una capilla*), y el ceremonial funerario (*ataúd con una bayeta negra, coche de alquiler, cortejo y criados, hachas de entierro que alumbren la cruz y candelas*), amén de las correspondientes ofrendas, limosnas y gastos de entierro. Todo lo cual conlleva, invariablemente, los consabidos sufragios, y las mandas forzosas y obras pías. Las primeras, las demandas de misas, que pueden ser por una vez (*dos mil rezadas en los monasterios de San Pablo, San Agustín, San Francisco, en el caso del doctor González, más otras 400 por el alma de sus padres y esposas, otras cien por las ánimas del purgatorio, otras cincuenta por el ángel de la guarda, o bien, en el del doctor Salazar, el número indeterminado de sufragios que deja a la voluntad de sus albaceas*) o perpetuas, constitutivas, en este último caso, de fundaciones y capellanías (como la *memoria pía* que instituye el doctor González en su villa natal de Pedraza de Campos, sobre sus bienes, junto con el vínculo que funda, de cuatro capellanías, un pósito de trigo y cebada, tres ayudas dinerarias a estudiantes pobres de su familia, y cuatro dotes para huérfanas pobres, también de su linaje; o la memoria perpetua de misas, instituida por el doctor Salazar en la iglesia parroquial de San Ginés de Madrid, sostenida por cierto censo perpetuo). Por último, como era costumbre, la referencia a las mandas forzosas, sin apenas especificar su contenido (*la redención de captivos*), cuyo objetivo expreso, de conseguir unos beneficios espirituales mediante una ayuda económica (bien es que de escasa cuantía, diez ducados, ocho reales) a ciertas obras piadosas, quedaba completada, asegurando tales obras de beneficencia. Pero, lo importante era el objetivo implícito, no otro que el de *apartar de la acción y derecho que las mandas forzosas puedan tener a mis vienes hereditarios*, como se preocu-

paba de consignar, aun explícitamente, Antonio González en su testamento de 8 de julio de 1602.

Mucho más modestos que los de la *Historia de las mentalidades colectivas*, como es obvio, son los fines de estas páginas. Eso sí, no pecarán del defecto o peligro apuntados del *silenciamiento* del individuo como protagonista, también, desde luego, de la historia, característico de todos los *estructuralismos* triunfantes en la historiografía decimonónica y, sobre todo, en la del siglo xx, desde el *materialismo histórico* hasta los *cuantitativismos* y *serialismos* de la moderna *cliometría*, pasando por los diversos *sociologismos* antropológicos. En todo caso, se tratará de situar la Real Audiencia y Chancillería de Guatemala desde la óptica institucional, e impresionista, de tres de sus jueces, u oficiales del rey, del siglo xvi. Siendo el del Antiguo Régimen un universo cultural propio, muy distinto del peculiar del Estado Liberal que le sucedió, fundado en nociones tales como las de *iurisdictio* (o, mejor sería hablar de *iurisdictiones*), *gracia* y *merced* regias, el *cursus honorum* ejemplificado en tres relevantes oficiales ha de permitir conocer algo, aunque sea de la forma selecta indicada, de la organización y funcionamiento de una de sus más peculiares instituciones, como eran las de un órgano de su administración de justicia. En la *carrera de honores* de los letrados indianos se producía también, por supuesto, la integración entre el ejercicio de la jurisdicción (*potestas*) y el depósito del saber (*auctoritas*), no sólo jurídico, de la época, en cuya conformación intervenían prioritariamente las Universidades y los Colegios Mayores. Su régimen de promociones y ascensos, consolidado y estable en el desempeño de los oficios judiciales del Antiguo Régimen, denotaba una concepción culturalmente asumida –que ha quedado reflejada en los testamentos otorgados, y en las relaciones o probanzas de méritos y servicios testimoniadas–, que se reflejaba en un imaginario jurídico y político, capaz de producir un determinado discurso, recogido en sus obras jurisprudenciales y políticas, que a su vez se plasmaba en unas instituciones, que eran creación y cobijo protectores de dichos discursos, obras e ideas²⁸. Aplicadas estas ideas en sociedad, la estamental de su época, los cambios sociales revertían en el discurso jurídico y político, lo que explica sus cambios y transformaciones, mayores o menores, con el paso del tiempo. En suma, si la categoría de *cursus honorum* se convierte en un magnífico instrumento para observar, e indagar sobre la historia del poder, de las instituciones y de la sociedad anteriores al siglo xix, el hecho de que nos detengamos en algunos de sus más destacados *protagonistas* no habrá de resultar infructuoso desde el punto de vista histórico-jurídico, ni, más particularmente, desde una perspectiva institucional.

²⁸ BARRIENTOS GRANDÓN, J.: *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «*De Iurisdictio Animata*» en *el Nuevo Mundo*, t. I, pp. 3-16. Y, en general, CLAVERO, Bartolomé, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, 1991; y HESPANHA, António Manuel, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993; e *Id.*, «Las categorías de lo político y de lo jurídico en la Época Moderna», en *Ius Fugit*, 3-4 (1994-1995), pp. 63-100.

1. INTRODUCCIÓN. PRESIDENTES-GOBERNADORES, OIDORES Y CONSEJEROS DE INDIAS EN LA AUDIENCIA DE LOS CONFINES Y DE GUATEMALA

«¡Qué pobres hombres son los que dedican toda su alma a los cumplimientos, y cuya única ambición es ocupar la silla más visible de la mesa! Se entregan con tanto ahínco a estas tonterías que no tienen tiempo para pensar en los negocios verdaderamente importantes [...] ¡Necios! No ven que el lugar no significa nada, y que el que ocupa el primer puesto hace muy pocas veces el primer papel. ¡Cuántos reyes están gobernados por sus ministros! ¡Cuántos ministros por sus secretarios!».

(Goethe, *Las penas del joven Werther*)²⁹.

«No nos hemos parado a pensar en que quizá es tan difícil escribir una buena vida como vivirla».

(Lytton Strachey, *Victorianos eminentes*)³⁰.

El hallazgo del Nuevo Mundo supuso, para el europeo de finales del siglo XV y principios del XVI, una *liberación*: la conciencia de la libertad del hombre en su relación con el universo. Un *universo* que dejaría ya de ser presentado como la prisión milenaria, la *cárcel cósmica* en la que le habrían convertido tanto la Antigüedad clásica como el Cristianismo en la Edad Media: es decir, una morada en la que el ser humano vivía como un siervo de Dios, puesto que no la había creado. En el Renacimiento, en cambio, el universo, al no ser ya contemplado como una realidad esencialmente ajena al hombre, se convirtió en un infinito campo de conquista humana. El *mundo* no era ya algo dado por Dios desde siempre y para siempre, sino algo que el hombre podía conquistar y hacer, y que le pertenecía. De ahí que aquel nuevo continente, aquella desconocida *cuarta parte* del mundo (el *Novus Orbis*, las Indias, América), fuese identificada con la *tierra de la libertad*, y que se iniciase un proceso imparable de apoderamiento del universo por parte del hombre occidental³¹.

En el nuevo *orbis terrarum* conformado por Cristóbal Colón, en 1492, muy pronto se tuvo constancia de la existencia de una gran masa de tierra, situada al Poniente de las islas encontradas por él. Pero, creía Colón que estas islas (La

²⁹ GOETHE, Johann Wolfgang: *Penas del joven Werther*, traducción de José Mor de Fuentes, Madrid, reedición de 2003, lib. II, *carta de 8 de enero de 1772*, pp. 85-86. Publicada en 1774, *Die Leiden des jungen Werthers* no fueron traducidas al castellano hasta 1803, aunque tuvieron que ser impresas en París. La directa traducción del alemán, en su edición de Barcelona, de 1835, correspondió a José Mor de Fuentes, pero, sobre la base de la segunda edición enmendada de Goethe, aparecida en 1784.

³⁰ STRACHEY, Lytton: *Victorianos eminentes*, traducción de Dámaso López García, Madrid, 1998, *prefacio*, pp. 25-27; la cita, en la p. 26. Publicó Lytton Strachey (Londres, 1880-Hungerford, 1932) sus innovadoras, condensadas, ejemplificadoras, psicológicas, e irónicas, biografías de algunos *Eminent Victorians* en 1918.

³¹ O'GORMAN, Edmundo: *La invención de América. Investigación acerca de la estructura histórica del Nuevo Mundo y del sentido de su devenir*, 2.ª ed., México, reimpr. de 1993 (1.ª ed., México, 1958; 2.ª ed. revisada y aumentada, México, 1977), pp. 56-136.

Española, Puerto Rico, Cuba) eran, en realidad, el extremo oriental de Asia, en concreto, tierras de *Catay* o de la China. Ahora bien, para probar sus erradas suposiciones, era preciso que buscara el paso marítimo que había utilizado el veneciano Marco Polo (1254-1324) en su viaje de regreso a Europa, a finales del siglo XIII, y donde se suponía que se mezclaban las aguas de los océanos Atlántico e Índico. Era el paso, en suma, que habría de permitir el acceso a la India a un viajero que fuese desde Europa, navegando por la ruta occidental³². De este modo, muy pronto se inició la búsqueda del estrecho luego conocido como *estrecho deseado* o *dudoso*. Para hallarlo, emprendió Colón, en 1502, el que sería su cuarto y último viaje al Nuevo Mundo. A doce leguas de las costas de Honduras encontró unas islas, que bautizó con el nombre de *Guanajas*. Luego, desembarcó en tierras centroamericanas, por primera vez, en las proximidades del cabo de Honduras (*Punta de Caxinas*), no muy lejos del emplazamiento posterior de la villa de Trujillo. Era un domingo, día 14 de agosto de 1502. Acompañado de sus capitanes y de otros miembros de su armada, Cristóbal Colón oyó misa, la primera que se oficiaba en tierras continentales del Nuevo Mundo. Al miércoles siguiente, 17 de agosto, volvió a bajar a tierra, ahora para tomar posesión de ella en nombre de los reyes de Castilla. A continuación, dobló un esperanzador cabo que abría el camino hacia tierras meridionales (el *Cabo de Gracias a Dios*), pero, tras muchas semanas de navegación, tuvo que convencerse de que no se hallaba en los alrededores de ningún estrecho *de mar*; y sí sobre la costa de un estrecho *de tierra*: un angosto istmo que, cual una muralla, separaba a sus naos de aquel océano, el Pacífico o la Mar del Sur, que persistía en creer que era el Índico³³.

El istmo centroamericano que Cristóbal Colón recorrió entre 1502 y 1503 se convirtió, hasta mediados del siglo XVI, en la frontera del mundo occidental, y en una nueva tierra de promisión. Su conquista se habría de producir a partir de tres bases de partida: la isla Española, la Nueva España, y Panamá (*Castilla del Oro*) o el Darién. Más en concreto, la anexión de Centroamérica a los dominios de la Corona de Castilla fue el resultado de la confluencia de dos corrientes de conquistadores: la de México o la Nueva España, protagonizada por Hernán Cortés, desde el noroeste; y la del Darién y Panamá, impulsada por Pedrarias Dávila,

³² MENÉNDEZ-PIDAL, Gonzalo: *Hacia una Nueva Imagen del Mundo*, Real Academia de la Historia y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 203-269.

³³ COLÓN, Cristóbal: «Relación del Cuarto Viaje», en *Textos y Documentos completos*, ed. de Consuelo Varela, ed. de las *Nuevas Cartas* de Juan Gil, 2.ª ed., Madrid, reimpr. de 1995 (1.ª ed., 1982; 2.ª ed. ampliada, 1992), doc. LXXXIV, pp. 485-503. Esta carta de relación fue escrita en la isla de Jamaica, el 7 de julio de 1503. También COLÓN, Hernando: *Historia del Almirante*, ed. de Luis Arranz Márquez, Madrid, 1984, caps. LXXXIX y XC, pp. 291-298; CASAS, Fray Bartolomé de las: *Historia de las Indias*, 3 tomos, ed. de Agustín Millares Carló y estudio preliminar de Lewis Hanke, México, 1951, t. II, cap. XXI, pp. 276 y 277; LÓPEZ DE GÓMARA, FRANCISCO: *Historia general de las Indias. Hispania Victrix. Primera y segunda parte, con todo el descubrimiento y cosas notables que han acontecido desde que se ganaron hasta el año 1551*, 2 tomos, Barcelona, reedic. de 1965-1966 (1.ª ed., 2 tomos, Zaragoza, 1552), t. I, pp. 47-49; y HERRERA Y TORDESILLAS, Antonio de: *Historia general de los hechos de los castellanos en las Islas y Tierra Firme del Mar Océano o Décadas*, 4 tomos, ed. de Mariano Cuesta Domingo, Madrid, 1991 (1.ª ed., Madrid, 1601-1615), t. I, *década* I, lib. V, caps. II-XV, pp. 421-477. Y, VARELA MARCOS, Jesús, y LEÓN GUERRERO, María Montserrat: *El itinerario de Cristóbal Colón (1451-1506)*, Valladolid, 2003, pp. 275-331.

desde el sureste. Enviados por Cortés, sus capitanes Pedro de Alvarado y Cristóbal de Olid iniciaron el sometimiento de las futuras provincias de Guatemala y de Honduras, respectivamente. Comisionado por Pedrarias, su capitán Francisco Hernández de Córdoba, primero, y luego personalmente Pedrarias, se extendieron por la de Nicaragua, y, más en precario, por la de Cartago o Costa Rica. Hacia 1524 ya habían sido fundadas muchas de las principales ciudades centroamericanas: León y Granada de Nicaragua, Santiago de Guatemala, Trujillo de Honduras, Ciudad Real de Chiapa. Pocos años después, pese a las rivalidades existentes entre ambas corrientes o grupos de conquistadores, casi toda aquella parte de las Indias se encontraba sometida a la autoridad de los españoles, aunque escasamente poblada de peninsulares. La costa de la Mar del Sur u océano Pacífico era la que atraía los mayores asentamientos, desde Soconusco hasta la provincia de Nicoya, puesto que allí residían las poblaciones más numerosas de indígenas. En cambio, la vertiente del istmo de la Mar del Norte u océano Atlántico, en la que predominaba la selva, y era más insalubre e inhabitable, sólo contaba con los enclaves de la villa y puerto de Trujillo, y de Puerto de Caballos (Honduras), que eran los lugares de destino, y de recepción, de las mercaderías enviadas en las flotas que salían de la Casa de la Contratación de Sevilla³⁴.

Por lo que se refiere al régimen de gobierno territorial del Nuevo Mundo, hay que decir que éste quedó configurado, en un principio, como es bien conocido, en las Capitulaciones de Santa Fe de la Vega de Granada de 17 de abril de 1492, y en su posterior confirmación, por Privilegio real, de 30 de abril de 1492. Se preveía, en ellas, la constitución de una única demarcación gubernativa, de una extensión imprevisible inicialmente, en la que sólo habría una autoridad superior, la de Cristóbal Colón: como *almirante* en la mar y en las costas, por título otorgado por los Reyes Católicos, Isabel y Fernando, transmisible a sus herederos (cap. 1.º); y, como *virrey* y *gobernador general* en las islas y tierra firme, que eran oficios vitalicios ambos, aunque revocables al libre arbitrio de los monarcas (cap. 2.º). De esta forma, a la vista de los cuatro viajes colombinos, entre 1492 y 1504, todo el Nuevo Mundo descubierto o *inventado* (de *inventio*, «hallazgo») por Colón tendría que haber constituido una única circunscripción (un *virreinato* y *gobernación general*), sometido a la autoridad única de un *virrey* y *gobernador general*, que sería el mismo Cristóbal Colón, sin que ninguna otra autoridad superior, individual o colegiada, participase en su exclusiva gestión³⁵. Ahora bien, tal régimen de

³⁴ GERHARD, Peter: «El avance español en México y Centroamérica», en *Historia Mexicana*, México, IX, 1 (julio-septiembre, 1959), pp. 143-152. También BANCROFT, Hubert Howe: *History of Central America*, 3 tomos, San Francisco, 1886-1890, t. II, pp. 446-448 y 595-600. Y MELÉNDEZ CHAVERRI, Carlos: «Las conquistas frustradas: el caso de la América Central», en Solano, Francisco de (coord.), *Proceso histórico al conquistador*, Madrid, 1988, pp. 153-164.

³⁵ GARCÍA-GALLO, Alfonso: «Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI», en el *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, Madrid, 40 (1970), pp. 313-347; luego incluido en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 661-693, en concreto, pp. 665-678; e *Id.*, «La evolución de la organización territorial de las Indias de 1492 a 1824», en el *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, Quito, 5 (1980), pp. 71-135; recogido igualmente en otra de sus colectáneas, titulada *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, 1987, pp. 811-888, en particular, pp. 813-872.

gobierno unipersonal resultó insatisfactorio desde un principio. Por un lado, Colón dio pronto muestras de carecer de dotes de mando; y sus actuaciones, excesivamente personalistas, se compadecían mal, por otra parte, con la enorme extensión que iba adquiriendo su virreinato. Además, en su idea obsesiva de llegar a la India se preocupaba, sobre todo, de descubrir nuevas tierras o rutas de navegación, y no de poblar lo descubierto, excepción hecha de la isla La Española. La insatisfacción de los Reyes Católicos ante ese estado de cosas decidió el envío a La Española, en 1498, de un juez pesquisador, Francisco de Bobadilla, al que le fue confiada la «governación e oficio del juzgado» de las Islas de la Mar Océana (Santo Domingo). A finales del año 1500, Bobadilla, cumpliendo literalmente sus instrucciones de procesar a los responsables del desgobierno en La Española, envió prisionero a la Península Ibérica a Cristóbal Colón³⁶. Aunque Isabel y Fernando pusieron en libertad al depuesto (*de facto*) virrey y gobernador de las Indias, lo cierto es que, desde 1501, el gobierno del Nuevo Mundo comenzó a ser organizado sobre bases muy diferentes, al margen del contenido de las Capitulaciones de Santa Fe de 1492, y a veces infringiéndolo.

Los Reyes Católicos, sin destituir a Cristóbal Colón como virrey, le suspendieron, de hecho, en sus funciones. E hicieron desaparecer su autoridad superior, y la unidad de gobierno en el Nuevo Mundo, al conceder *capitulaciones* para descubrir, comerciar (*rescatar*) y poblar a otros particulares, y para gobernar las tierras que éstos sometiesen, en un primer momento sobre zonas no descubiertas por Colón. Resultaron así tres circunscripciones de muy distinta extensión: la de la isla La Española (con Nicolás de Ovando como gobernador, desde 1501); la del golfo de Urabá (concedida a Alonso de Ojeda en 1500); y la de las costas venezolana y brasileña, hasta la desembocadura del Amazonas (otorgada a Vicente Yáñez Pinzón en 1501). Los tres gobernadores (Ovando, Ojeda y Yáñez Pinzón) eran independientes entre sí, y disponían de idénticas competencias, que abarcaban la jurisdicción civil y criminal³⁷. Por encima de ellos sólo se hallaba, en el ámbito gubernativo, el Consejo Real de Castilla; y, en el judicial, la Audiencia y Real Chancillería de Ciudad Real, trasladada en 1505 a la ciudad de Granada. Tras el fallecimiento de Isabel *la Católica*, en 1504, y de Cristóbal Colón, en 1506, Fernando *el Católico* decidió enviar como gobernador de las Indias, a La Española, al hijo y heredero del Almirante, Diego Colón, en 1508, en virtud de una Real Cédula (RC) de 9 de

³⁶ *Colección de Documentos Inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas en América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias* (en lo sucesivo, CDIAO), publicada por J. F. Pacheco, F. de Cárdenas, L. Torres Mendoza y otros, 42 tomos, Madrid, 1864-1884 (reimpr., Vaduz, 1966), t. XXXVIII, pp. 411-417.

³⁷ AGI, Indiferente General, leg. 418, lib. 1, ff. 36 r-38 r y 134 r-137 r; CDIAO, t. XXX, pp. 535-542 y t. XXXI, pp. 258-271; RAMOS PÉREZ, Demetrio: *Audacia, negocios y política en los viajes españoles de descubrimiento y rescate*, Valladolid, 1981, pp. 448-453 y 480-487; e *Id.*, «Alonso de Ojeda en el gran proyecto de 1501 y en el tránsito del sistema de descubrimiento y rescate al de poblamiento», en el *Boletín Americanista* de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Barcelona, 3 (1961), pp. 33-87; y VAS MINGO, Marta Milagros del: *Las Capitulaciones de Indias en el siglo XVI*, Madrid, 1986, pp. 131-134 y 138-143.

agosto (y Real Provisión [RP] de nombramiento de 29 de octubre de 1508, e instrucciones regias de 3 de mayo de 1509), en sustitución de Nicolás de Ovando, a fin de que ejerciese igualmente la «governación y ofiçio de juzgado dellas». Esta designación no suponía restablecer el régimen de gobierno paterno, ya que, para entonces, Diego Colón había obtenido licencia del rey para plantear judicialmente sus demandas de reconocimiento de los privilegios santafesinos. Era el inicio de los largos *pleitos colombinos*, en los que terminarían siendo admitidos sus derechos a los títulos hereditarios de virrey y de gobernador, aunque, eso sí, limitados en su ejercicio a sólo La Española, y a las demás tierras descubiertas por su padre. De esta forma, quedaron eliminadas, definitivamente, las pretensiones de Diego Colón al virreinato general sobre las Indias. Pero, al mismo tiempo que desaparecía el fantasma de dicho virreinato general, se consagró la dualidad de circunscripciones territoriales: el *Virreinato colombiano* sobre los territorios descubiertos por Cristóbal Colón, restaurado en la persona de su hijo; y las *Gobernaciones independientes* de Alonso de Ojeda y de Diego Nicuesa sobre Urabá y Veragua³⁸.

Por otra parte, al ser comprobado que en la llamada *Tierra Firme* radicaba la mayor extensión territorial del Nuevo Mundo, Fernando el Católico resolvió reorganizar su gobierno. Así, en 1514, mediante una RP de 23 de septiembre, nombró a Pedrarias Dávila como *lugarteniente general de la provincia de Castilla del Oro*, que era como pasaba a denominarse la provincia de Tierra Firme, el Darién y Panamá. Desde ese momento, desde 1514, hay que hablar de dos *Virreinos* en el gobierno general de las Indias, entendiéndose por tales aquellos distritos que eran intermedios entre el Consejo Real de Castilla y las provincias o gobernaciones indianas: el de Castilla del Oro y el de La Española. Con el término de *lugarteniente general*, extraído de la tradición histórico-administrativa de la Corona de Aragón, y que en aquella época ya se había identificado con el de *virrey*, se orillaba, jurídicamente, el inconveniente de atribuir el título virreinal a otra persona que no fuese el sucesor de Cristóbal Colón, legítimo virrey de las Indias³⁹.

³⁸ CDIAO, t. XXIII, pp. 290-309, y t. XXXI, pp. 388-409; ALTOLAGUIRRE Y DUVALE, Ángel «Estudio jurídico de las Capitulaciones y Privilegios de Cristóbal Colón», en el *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, 38 (1901), pp. 279-294; y VILLAPALOS SALAS, Gustavo: «La naturaleza procesal de los pleitos colombinos», en el *Anuario Jurídico*, México, 3-4 (1976-1977), pp. 285-305. Los documentos y rollos de apelación de dichos *Pleitos Colombinos* se conservan en AGI, Patronato, legs. 8 a 13. Han sido impresos, en parte, en la *Colección de Documentos Inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de Ultramar* (CDIU, en adelante), segunda serie publicada por la Real Academia de la Historia, 25 tomos, Madrid, 1885-1932, tomos VII y VIII. El desarrollo del proceso, hasta la llamada Sentencia de Sevilla, de 5 de mayo de 1511, fue publicado por MUÑOZ OREJÓN, Antonio; PÉREZ EMBID, Florentino y MORALES PADRÓN, Francisco (eds.): *Pleitos Colombinos*, t. I. *Proceso hasta la Sentencia de Sevilla (1511)*, Sevilla, 1967; y t. VIII, Sevilla, 1964, que contiene el rollo del proceso sobre la apelación (1534-1536) de la Sentencia de Dueñas, de 27 de agosto de 1534. Además de VILA VILAR, Teresa: «Los pleitos colombinos», en *AHDE*, 63-64 (1993-1994), pp. 897-956.

³⁹ CDIAO, t. XXXVII, pp. 287-290 y t. XXXIX, pp. 271-279; ALTOLAGUIRRE Y DUVALE, A.: *Vasco Núñez de Balboa*, Madrid, 1914, pp. 31-35 y 59-61; SERRANO Y SANZ, Manuel: «Preliminares del gobierno de Pedrarias Dávila en Castilla del Oro», en sus *Orígenes de*

Si el establecimiento de *provincias* y *gobernaciones* en el Nuevo Mundo era, desde luego, una cuestión gubernativa, la creación de *Reales Audiencias* entraba, de lleno, en el ámbito jurisdiccional⁴⁰. En Castilla, las Audiencias, al igual que las Reales Chancillerías, eran, como es bien sabido, tribunales superiores de justicia, con competencia exclusiva para conocer de los pleitos civiles y de las causas criminales, sobre todo, en grado de apelación. Al igual que el virrey, la Audiencia Real representaba a la persona del monarca, poseía el sello real y dictaba provisiones. Siendo un órgano completamente independiente del titular del virreinato, en algún aspecto era superior a éste, puesto que el virrey debía cumplir sus órdenes. Hasta 1494, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones dictadas por los alcaldes o jueces ordinarios del Nuevo Mundo (de hecho, reducidos a algún enclave de la isla de Santo Domingo) tuvieron que ser elevados a la Real Chancillería de Valladolid, que era el único tribunal superior de justicia entonces existente en la Corona de Castilla, que fue a la que quedaron incorporadas las Indias. Se regía la Chancillería vallisoletana, básicamente, por sus Ordenanzas de Medina del Campo, de 24 de marzo de 1489, que constituyeron su regulación fundamental hasta finales del Antiguo Régimen. En 1494, por RP, datada en Segovia, de 30 de septiembre, fue creada una segunda Chancillería en Ciudad Real, al sur del río Tajo. Sus ordenanzas, contenidas en la citada provisión regia, reproducían muchas de las disposiciones vallisoletanas. En 1505, como ya se ha recordado, fue trasladada, en virtud de una RC, fechada en Toro, de 8 de febrero, a la ciudad de Granada, de donde ya no se movería más la segunda Chancillería castellana⁴¹. Es evidente, no obstante, que el hecho de tener que seguir las apelaciones en la Península, primero ante la Chancillería de Valladolid entre 1492 y 1494, después ante la de Ciudad Real entre 1494 y 1505, y, finalmente, ante la de Granada desde 1505, suponía un grave quebranto para la administración de justicia en el Nuevo Mundo. Pero, no

la dominación española en América, Madrid, 1918, pp. 265-291; ÁLVAREZ RUBIANO, Pablo: *Pedrarias Dávila. Contribución al estudio de la figura del «Gran Justador»*, *Gobernador de Castilla del Oro y Nicaragua*, Madrid, 1944, pp. 70-136 y 415-425; GARCÍA-GALLO, A.: «Los virreinos americanos bajo los Reyes Católicos. Planteamiento para su estudio», en la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 65 (1952), pp. 189-209; y en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, pp. 639-659; y LALINDE ABADÍA, Jesús: «El régimen virreino-senatorial en Indias», en *AHDE*, 37 (1967), pp. 5-244, en especial, pp. 78-84.

⁴⁰ Para las dificultades históricas de esta distinción, sigue siendo fundamental GARCÍA-GALLO, A.: «La división de las competencias administrativas en España e Indias en la Edad Moderna», en las *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, pp. 289-305; reproducido luego en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, pp. 759-776.

⁴¹ PÉREZ DE LA CANAL, Miguel Ángel: «La Justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII al XV», en *Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, 2 (1975), pp. 383-481; KAGAN, Richard L.: «Pleitos y poder real. La Chancillería de Valladolid, 1500-1700», en los *Cuadernos de Investigación Histórica*, Madrid, 2 (1978), pp. 291-316; GARRIGA ACOSTA, Carlos: *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid, 1994, pp. 131-182; y CORONAS GONZÁLEZ, Santos Manuel: «La Justicia del Antiguo Régimen: su organización institucional», en sus *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, 1998, pp. 9-133, en concreto, pp. 54-96.

fue hasta 1511 cuando Fernando *el Católico* decidió, de una vez, designar jueces de apelación para aquellas lejanas tierras, con residencia en Santo Domingo, por medio de una RP, despachada en Burgos en nombre de la reina doña Juana, de 5 de octubre de aquel año. Fue éste el origen del *Juzgado de Apelaciones y Audiencia de Santo Domingo*, dotado de competencia para entender de las causas y pleitos suscitados en todas las Indias. Hasta que en 1527 fue erigida la Audiencia de México, la de la isla La Española se mantuvo, durante casi veinte años, como el único tribunal superior de justicia del Nuevo Mundo⁴².

En materia judicial, por tanto, la *Lugartenencia general o Virreinato de Castilla del Oro* estaba sujeta, e incluida dentro del distrito único de la Audiencia de Santo Domingo. Pero, a medida que proseguía el imparable proceso de población de las Indias, crecía el número de sus vecinos españoles, y aumentaban extraordinariamente las distancias que les separaban de la lejana y periférica Audiencia de Santo Domingo, se hizo imprescindible fundar nuevos tribunales superiores de justicia en aquel *Mundus Novus*. Mientras tanto, el período de supremacía de los dos grandes dominadores de Centroamérica, Hernán Cortés desde México y Pedrarias Dávila desde Panamá, concluyó hacia 1530. Por un lado, Cortés, desposeído del cargo de gobernador de la Nueva España como consecuencia de su juicio de residencia, iniciado en 1526, nunca más recuperaría su poder de antaño. Por otra parte, Pedrarias, nombrado gobernador y capitán general de Nicaragua en 1527, moriría en 1531. Les sucedieron, de inmediato y por supuesto, otros poderes y contrapoderes, englobables en el que puede denominarse como *triumvirato de gobernadores*, que actuaron hasta la fundación, en 1544, de la Audiencia de los Confines, dotada de competencias de gobierno, acumuladas corporativamente en sus oidores (régimen de *Audiencia gobernadora*). Este triumvirato de gobernadores, que acaparó la administración de las diferentes provincias centroamericanas durante más de un decenio, estaba integrado por: dos antiguos capitanes de Hernán Cortés durante la conquista de México, los adelantados Pedro de Alvarado (gobernador de las provincias de Guatemala, Chiapa e Higueras-Honduras entre 1527 y 1541) y Francisco de Montejo (gobernador de las de Higueras-Honduras y Chiapa entre 1533 y 1544, en diversos períodos); y por un yerno de Pedrarias Dávila, llamado Rodrigo de Contreras, que fue su sucesor al frente de la gobernación de Nicaragua, entre 1534 y 1544⁴³.

⁴² AGI, Patronato, leg. 170, ramo 12, ff. 1 r-5 v; CDIAO, t. XI, pp. 546-555; *Monumenta Centroamericae Historica. Colección de documentos y materiales para el estudio de la historia y de la vida de los pueblos de la América Central* (MCH, a partir de ahora), dirigida y compilada por Federico Argüello Solórzano y Carlos Molina Argüello, vol. I, Managua, 1997, pp. 3-9; y SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José: *Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, Madrid, 1992, pp. 65-69.

⁴³ AGI, Panamá, leg. 233, lib. 2, ff. 283 r-285 r; AGI, Patronato, leg. 20, ramo 4, núm. 2; AGI, Patronato, leg. 26, ramo 5; CDIAO, t. XIV, pp. 57-64; CDIAO, t. XXIV, pp. 173-192; CDIAO, t. XL, pp. 252-259; *CDIU*, t. IX, pp. 214-223; DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal: *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, Madrid, reedic. de 1992, caps. CLXXXIV y CXCI, pp. 586-589 y 606-611; PERALTA, M. M. de: *Costa Rica, Nicaragua y Panamá en el siglo XVI*, pp. 83-88; [COLECCIÓN SOMOZA], *Documentos para la Historia de Nicaragua*, t. I, núms. 93

La provincia de Guatemala se convirtió, desde un principio, en el núcleo del futuro distrito de la Audiencia de los Confines, nada más ser conquistada por Pedro de Alvarado, entre 1524 y 1530. A su muerte, acaecida en 1541, se puede decir que quedó clausurada, formalmente, una primera etapa histórica en Centroamérica, la de descubrimiento y conquista⁴⁴. Y comenzó otra, de poblamiento y gobernación (gobernación colegiada, y no ya personal), cuyo artífice institucional tendría que ser una Audiencia Real, la de los Confines y Guatemala. El régimen de *gobernadores de provisión real* había sido reemplazado por el de una *Audiencia gobernadora*, esto es, por el de una gobernación colegiada del presidente y de los oidores de la Audiencia de los Confines sobre las diversas provincias que integraban su circunscripción territorial.

Desde 1526, el presidente del recién constituido, en 1524, Consejo de las Indias, fray García de Loaysa, obispo de Osma y luego de Sigüenza, aprovechó la conjunción de dos circunstancias favorables, próximas en el tiempo, para reorganizar y fortalecer la administración de justicia en aquellas *Islas y Tierra Firme de la Mar Océana*: la muerte de Diego Colón, ese mismo año de 1526; y la presencia en la corte, y, por tanto, la consiguiente ausencia de México, de Hernán Cortés⁴⁵. Fue entonces cuando tuvo lugar la fundación de una Audiencia y Chancillería Real

y 94, pp. 448-470; MOLINA ARGÜELLO, Carlos: *El gobernador de Nicaragua en el siglo XVI. Contribución al estudio de la Historia del Derecho Nicaragüense*, Sevilla, 1949, pp. 94-109; *Documentos Cortesianos*, ed. de José Luis Martínez, 4 vols., México, 1990-1992, vol. II, núm. 89, pp. 13-14; y MARTÍNEZ, José Luis: *Hernán Cortés*, México, 1990, pp. 417-445 y 535-610.

⁴⁴ AGI, Guatemala, leg. 39, ramo 2, núms. 5 y 6; AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 1, ff. 156 r-158 v; AGI, Justicia, leg. 134, núm. 3; AGI, Justicia, leg. 1035, ramo 1, núm. 3; AGI, Patronato, leg. 180, ramo 64; CDIAO, t. II, pp. 212-252; CDIAO, t. XXIV, pp. 333-338; MCH, vol. I, núm. 42, pp. 98-99; *Libro Viejo de la fundación de Guatemala y papeles relativos a Don Pedro de Alvarado*, prólogo del licenciado Jorge García Granados, Guatemala, 1934, pp. 61-64, 119-125, 271-282, 312-317 y 329-336; *Memorial de Sololá/Anales de los Cakchiqueles*, traducción directa del original y notas de Adrián Recinos; y *Título de los Señores de Totonicapán*, traducción del original quiché del P. Dionisio José Chonay, y notas de A. Recinos, México, reimpr. de 1980 (1.ª ed., México, 1950), núms. 147-156 y 164-166, pp. 125-130 y 133-134; DÍAZ DEL CASTILLO, B.: *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, cap. CLXIV, pp. 496-501; JUARROS, Bachiller Domingo: *Compendio de la Historia del Reino de Guatemala, 1500-1800*, Guatemala, 1981, pp. 336-373; GARCÍA AÑOVAROS, J. M.: «Campañas militares y expediciones a la Mar del Sur del Adelantado don Pedro de Alvarado», en los *Anales de la Academia de Geografía e Historia de Guatemala*, Guatemala, 59 (1985), pp. 47-68; y LUJÁN MUÑOZ, Jorge y CABEZAS CARCACHE, Horacio de Jesús: «La Conquista», en la *Historia General de Guatemala*, dirigida por J. Luján Muñoz, t. II. *Dominación española: desde la Conquista hasta 1700*, dirigido por Ernesto Chinchilla Aguilar, Guatemala, 1994, pp. 47-74. Además de la clásica narración, con sus invenciones y añadidos, de FUENTES Y GUZMÁN, F. A. de: *Recordación Florida*, t. I, lib. II, cap. I, pp. 81-85; y t. III, lib. VIII, caps. XVIII-XXIII, pp. 51-71. Sin olvidar las aportaciones de CHAMBERLAIN, Robert S.: «The Governorship of the Adelantado Francisco de Montejo in Chiapas, 1539-1544», en VV.AA., *Contributions to American Anthropology and History*, Washington, 1947, pp. 163-207; *Id.*, *The Conquest and Colonization of Honduras, 1502-1550*, Washington, 1953, pp. 24-28, 32-41, 174-178 y 217-218; e *Id.*, *Conquista y colonización de Yucatán, 1517-1550*, prólogo de J. Ignacio Rubio Mañé, 2.ª ed., México, 1982 (1.ª ed. en inglés, Washington, 1948; 1.ª ed. en castellano, México, 1974), pp. 155-161 y 185-191.

⁴⁵ Acerca de la fundación del Real Consejo de Indias, vid. SCHÄFER, Ernesto: *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, 2 tomos, Sevilla, 1935 y 1947 (reimpr. facsimilar, Nendeln, Liechtenstein, 1975), t. I, pp. 43-60.

de la Nueva España, en la ciudad de México, en 1527 (por RP de 29 de noviembre), tras ser reorganizada la de Santo Domingo, también en 1526 (de acuerdo con otra RP, de 14 de septiembre). Las Ordenanzas dictadas para la Audiencia de México, en Madrid, el 22 de abril de 1528, fueron reproducidas casi literalmente—con muy escasas modificaciones— en las despachadas para la Audiencia de La Española, en Monzón, el 4 de junio de 1528. Estas últimas, las Ordenanzas de la Audiencia dominicana de 1528, le equiparaban a las Audiencias y Reales Chancillerías peninsulares de Valladolid y Granada, previéndose que, en defecto de disposición aplicable en ellas, se acudiese, como fuente supletoria, a las Ordenanzas de las Chancillerías vallisoletana y granadina, que eran, como se ha recordado, las de Medina del Campo, de 24 de marzo de 1489, vigentes para ambas⁴⁶. El distrito de la refundada *Audiencia de Santo Domingo* incluía las provincias de Nicaragua (puesto que la futura de Costa Rica o Cartago quedaba indistinta, indiferenciada entre ésta y la de Castilla del Oro), y de Honduras (desde el cabo de ese mismo nombre hacia el Levante). Por su parte, el distrito de la nueva *Audiencia de México* comprendía las provincias de Guatemala y de Higueras (desde el cabo de Honduras hacia el Poniente), junto con las futuras provincias de Chiapa y de Soconusco. La tercera y última de las Audiencias Reales indianas creadas antes de que, en 1543, fuese erigida la Audiencia de los Confines, fue la que se fundó en la ciudad de Panamá, en 1538. El distrito de esta *Audiencia de Panamá* asumió, desde entonces, la provincia de Nicaragua, traspasada del distrito correspondiente de la Audiencia de Santo Domingo. Se puede concluir diciendo, en suma, que, en 1542, cuando las llamadas *Leyes Nuevas* mandaron establecer otra Audiencia en el Nuevo Mundo, situada, en este caso, en los *confines de Guatemala y Nicaragua*, las provincias que habrían de integrar esta Audiencia se hallaban repartidas, desde 1538, entre los distritos jurisdiccionales de las tres Audiencias ya existentes: la de Santo Domingo (provincia del Golfo de las Higueras y Cabo de Honduras); la de México (provincias de Chiapa, y de Guatemala, que incluía la de San Salvador); y la de Panamá (provincia de Nicaragua y Costa Rica)⁴⁷.

⁴⁶ AGI, Indiferente General, leg. 421, lib. 13, ff. 197 v-213 v; CDIU, t. IX, pp. 309-339; MCH, vol. I, núms. 2 y 36, pp. 10-28 y 76-82; *Provisiones, Cédulas, Instrucciones para el gobierno de la Nueva España* por el Doctor Vasco de Puga (*Cedulario de Vasco de Puga*, en adelante), Madrid, 1945 (reimpr. facsímil de la 1.ª ed., México, 1563), ff. 27 v-33 v; SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. I, pp. 43-60 y 351; GARCÍA-GALLO, A.: «Las Audiencias de Indias. Su origen y caracteres», en [ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA], *Memoria del Segundo Congreso Venezolano de Historia*, 2 vols., Caracas, 1975, vol. I, pp. 361-432; recogido en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, pp. 889-951, en particular, pp. 930-932; y SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.: *Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, pp. 77-101.

⁴⁷ AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 1, ff. 154 v-155 v; AGI, Indiferente General, leg. 421, lib. 13, f. 198 r y v; AGI, Indiferente General, leg. 737, núm. 43; AGI, Justicia, leg. 293; AGI, Panamá, leg. 235, lib. 6, ff. 169 r-182 r y 184 r-185 v; AGI, Panamá, leg. 235, lib. 7, ff. 56 r-61 v; *Cedulario de Vasco de Puga*, ff. 12 v-13 r y 56 v-63 v; CDIAO, t. XLI, pp. 521-527; MCH, vol. I, núms. 3, 36 bis, 54 y 55, pp. 28-30, 82-92 y 117-139; [COLECCIÓN SOMOZA], *Documentos para la Historia de Nicaragua*, t. III, núm. 271, pp. 314-318; SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 68-70; y HEREDIA HERRERA, Antonia: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1529-1599)*, 2 tomos, Madrid, 1972, t. I, núm. 46, p. 41.

La Audiencia Real de los Confines tuvo su texto fundacional y constitutivo, en efecto, en las *Leyes Nuevas* de 1542-1543, al ordenar éstas, en su capítulo XI, la creación de una Real Audiencia en dichos *confines de Guatemala y Nicaragua*, integrada por cuatro oidores letrados, uno de los cuales ejercería como presidente. Y, en él se especificaba, así mismo, que dicha Audiencia tendría a su cargo «la gobernación de las dichas provincias y sus adherentes, en las quales no [h]a de aver gobernadores». Es decir, se implantaba el conocido régimen de *Audiencia gobernadora*. En el capítulo X se preveía, además, la creación de otra Audiencia Real en el Perú, radicada en la Ciudad de los Reyes, y la consiguiente supresión de la Audiencia de Panamá, cuyo distrito territorial quedaba repartido entre las dos Audiencias nacientes: la de Lima y la de los Confines. Dado que el reducido contenido normativo de las *Leyes Nuevas* resultaba insuficiente para regular su funcionamiento, se prevenía, igualmente, en el capítulo XVIII, que las Ordenanzas de las Reales Chancillerías de Granada y Valladolid serían fuente subsidiaria para todas las Audiencias indianas⁴⁸.

Por lo que se refiere al distrito jurisdiccional de la nueva Audiencia de los Confines, cuyos límites, como se verá, sufrieron varias modificaciones posteriores, hay que decir que resultaría conformado en virtud de una RP, expedida en la villa de Valladolid, de 13 de septiembre de 1543, que sustrajo territorios provinciales de las demarcaciones de las tres Reales Audiencias antes aludidas, y hasta entonces existentes: de la extinguida *Audiencia de Panamá*, las provincias de Castilla del Oro o Panamá, y de Nicaragua y Costa Rica; de la *Audiencia de Santo Domingo*, la provincia de Higueras-Honduras; y, de la *Audiencia de México*, las provincias de Guatemala (y San Salvador), Chiapa, y Yucatán y Cozumel. Este distrito territorial de la Audiencia de los Confines y de Guatemala se vio alterado, en sus límites, como se ha anticipado, a lo largo del siglo XVI. En 1548, a través de otra RP, también despachada en Valladolid, de 23 de abril, fue segregada la provincia de Yucatán y Cozumel, e incorporada, de nuevo, a la Audiencia de México. La razón aducida fue su lejanía de la Audiencia de los Confines, y su mayor proximidad a la Audiencia novohispana. El mismo motivo que justificó, en 1550, con una ulterior RP de 2 de mayo, la sustracción de la provincia de Tierra Firme, Castilla del Oro o Panamá, y su traspaso a la Audiencia de Lima. El traslado de la sede de la Audiencia de los Confines, de la ciudad de Gracias a Dios a la de Santiago de Guatemala, fue, sin embargo, excusa suficiente para devolver la provincia de Yucatán y Cozumel, con el añadido de la de Tabasco, a su anterior dependencia de la Audiencia de Guatemala, por segunda vez, también en 1550, en esta ocasión, mediante

⁴⁸ El texto de las *Leyes Nuevas*, o *Reales Ordenanzas para la buena gobernación de las Indias, buen tratamiento de los naturales de ellas y administración de justicia*, redactadas en la ciudad de Barcelona y datadas el 20 de noviembre de 1542 (en 40 capítulos), junto con su posterior adición (de 6 capítulos), incorporada en la villa de Valladolid, de 4 de junio de 1543, cuyos originales se custodian en AGI, Patronato, leg. 170, ramo 47, ha sido publicado por MUÑOZ OREJÓN, A.: «Las *Leyes Nuevas* de 1542-1543. Ordenanzas para la gobernación de las Indias, y buen tratamiento y conservación de los indios», en el *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, 2 (1945), pp. 809-836; y también por SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.: *Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, pp. 103-116.

una RP más, extendida igualmente en Valladolid, de 7 de julio. Con posterioridad, en 1556, por una RP evacuada el 6 de agosto, se agregó la provincia de Soconusco al distrito de la Audiencia de los Confines; para, a su vez, en 1560, por intermedio de otra RP, librada en Toledo, de 9 de enero, devolver, por última vez, las provincias de Yucatán y Cozumel, y Tabasco, a la Audiencia de México. De esa forma, en los cuatro años transcurridos entre 1556 y 1560, el ámbito territorial de la Audiencia de los Confines y de Guatemala alcanzó su máxima extensión histórica, puesto que llegó a comprender las provincias de Guatemala (y San Salvador), Higueiras-Honduras, Nicaragua (y Costa Rica), Chiapa, Soconusco, Yucatán y Cozumel, y Tabasco⁴⁹.

Se ha afirmado, con razón, que la Audiencia que nos ocupa debió ser conocida, en buena lógica, primero como *Audiencia de Gracias a Dios*, entre 1544 y 1549; y, después, desde 1549 en adelante, ya como *Audiencia de Guatemala*, de conformidad con su sede o lugar de radicación, como así ocurrió en casi todas las demás Audiencias indianas. Pero, en su caso, el apelativo de *Los Confines* no fue un nombre preconcebido, sino una simple expresión provisional, recogida en su texto constitutivo (el mencionado capítulo XI de las *Leyes Nuevas* de 1542), luego repetido en otras disposiciones inmediatamente posteriores y complementarias (en títulos de nombramiento, en cédulas de comisión), que, con el tiempo, se consagraría, quedando definitivamente cristalizado. La vaguedad de la expresión debió surgir –como apuntó certeramente Carlos Molina Argüello, frente a las tesis de Ernesto Schäfer– ante la incertidumbre inicial respecto de la concreta sede en la que se habría de ubicar el nuevo órgano jurisdiccional, lo que no había sucedido en casos anteriores: como el de la Audiencia de La Española, radicada en la ciudad de Santo Domingo; el de la Audiencia de la Nueva España, asentada en la ciudad de México; o el de la Audiencia de Tierra Firme, en la ciudad de Panamá. Al ser suprimida esta última, la de Panamá, se trató de cubrir la enorme distancia que mediaba entre las Audiencias de México y de Lima con otro tribunal intermedio⁵⁰. Pero, lo único que estaba claro entonces era que debería hallarse ubicado en el comedio de aquel territorio *intervirreinal* –si se puede utilizar esta expresión–, esto es, en los *confines de las provincias de Guatemala y Nicaragua*. En ningún momento se ignoró, pues, la existencia de una provincia, la de Honduras, intermedia entre las otras dos, las de Guatemala y Nicaragua. Se señaló, además, con toda precisión, desde la corte, como sede inicial, la villa de Comayagua, rebautizada como villa de la Nueva Valladolid. Lo que ocurre, muy probablemente, es que se quería situar su asiento en un paraje de más fácil acceso a los puertos de la Mar del Norte, que era por donde se mantenían las relaciones comerciales directas con la Casa de la Contratación de Sevilla, en un istmo,

⁴⁹ AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 1, ff. 63 r y v, y 187 r-188 r; AGI, Guatemala, leg. 393, lib. 3, f. 148 r y v; AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 2, ff. 93 v-94 v; AGI, Lima, leg. 566, lib. 6, ff. 250 r-251 r; AGI, México, leg. 2999, lib. 1, ff. 33 r y v, 36 r-37 r, 57 r-58 v, 109 v-112 r y 131 r-132 v; MCH, vol. I, núms. 65-78, pp. 245-260; y *Cedulario de Vasco de Puga*, ff. 188 r, y 196 r y v.

⁵⁰ SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 72 y 73; y MOLINA ARGÜELLO, C.: *Introducción a los Monumenta Centroamericae Historica*, vol. I, pp. XXVII-XLIII, en concreto, pp. XXXII-XXXVI.

como el centroamericano, donde casi todas sus poblaciones importantes habían sido fundadas, por condicionamientos orográficos y climáticos inexcusables, en las proximidades de la costa opuesta, la de la Mar del Sur. Y, sobre todo, porque se pretendía evitar disputas entre los dos grandes centros conquistadores y políticos de la zona, que eran los de Guatemala (con Hernán Cortés, y Pedro de Alvarado) y Nicaragua (con Pedrarias Dávila), que contaban con grupos de pobladores más establecidos, frente a la anarquía imperante en la provincia de Honduras. Lo que ocurre es que la villa de Comayagua, elegida sobre el papel en el Consejo de las Indias, no se consolidó, de hecho, como sede audiencial, siendo reemplazada por la ciudad de Gracias a Dios primero, y, luego, por la ciudad de Santiago de Guatemala.

En suma, conviene subrayar que la Audiencia de los Confines fue, como se ha señalado, y repetido, una creación de las *Leyes Nuevas* de 1542, que se extinguió en 1563, al ser ordenado su traslado a la ciudad de Panamá. En este lapso de tiempo de veinte años, entre el 15 de mayo de 1544, día de su efectiva constitución, y el 14 de agosto de 1564, fecha de su extinción como tal, tuvo dos sedes materiales: las ya citadas de las ciudades de Gracias a Dios y de Santiago de Guatemala. En un principio, la RP de fundación, de 13 de septiembre de 1543, fijó como sede, como ha quedado dicho, la villa de Santa María de Comayagua o de la Nueva Valladolid, en la provincia de Honduras⁵¹. Dos de los tres oidores designados, los licenciados Diego de Herrera y Juan Rogel, desembarcaron en Puerto de Caballos, en marzo de 1544. El tercer oidor, el licenciado Pedro Ramírez de Quiñones, comisionado como juez de residencia de la extinta Audiencia de Panamá, se unió a sus compañeros meses después. Aguardaron Herrera y Rogel la llegada del presidente, el licenciado Alonso Maldonado, desde Santiago de Guatemala, en la villa de San Pedro de Puerto de Caballos (hoy, San Pedro Sula), donde recibieron carta suya, comunicándoles que se reunirían en la ciudad de Gracias a Dios. Y así fue. Allí surgieron, empero, las primeras discrepancias entre el presidente y los oidores. Ante el cabildo de Gracias a Dios, el 13 de mayo de 1544, los tres tomaron posesión de sus cargos. A continuación, abiertos los despachos, se reunieron y celebraron el primer *Real Acuerdo*. Dos días después, el 15 de mayo de 1544, los licenciados Maldonado, Herrera y Rogel tuvieron audiencia, la primera sesión pública, la de apertura, de la Audiencia Real de los Confines. Habían acordado que la sede fuese la de Gracias a Dios, y no la villa de Comayagua, porque, amparados en la facultad regia de que disponían, les había parecido que la primera tenía un asiento mejor. Las discrepancias aludidas entre el presidente y los oidores se referían, desde luego, al lugar concreto de asiento de la Audiencia. Quería el

⁵¹ AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 2, ff. 81 r, 84 v-85 v, 94 r-96 v, 99 r y 218 v; MCH, vol. I, núms. 102, 328 y 420-422, pp. 283-284, 576-578 y 623-625; SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 472-473; PARDO, José Joaquín: *Efemérides para escribir la historia de la Muy Noble y Muy Leal Ciudad de Santiago de los Caballeros del Reino de Guatemala*, Guatemala, 1944, pp. 5-41; y *Cartas de Cabildos hispanoamericanos. Audiencia de Guatemala*, ed. a cargo de Javier Ortiz de la Tabla, Bibiano Torres Ramírez y Enriqueta Vila Vilar, 2 tomos, Sevilla, 1986, t. I, núm. 6, p. 11.

presidente Maldonado que fuese Santiago de Guatemala, mientras que el licenciado Herrera, que era el oidor decano, prefería, por el contrario, el lugar donde se hallaban, Gracias a Dios. Sin embargo, cuando el licenciado Ramírez de Quiñones se incorporó a la Audiencia de los Confines, y tomó posesión de su oficio de oidor, se alineó claramente con las tesis del presidente⁵².

De forma muy precaria, por tanto, en casas de adobe y aislada entre montañas, residió la Audiencia de los Confines, durante algo más de cuatro años y medio, en Gracias a Dios, hasta que, en el mes de enero de 1549, fue trasladada a Santiago de Guatemala. Una destacada intervención en este traslado la tuvo el primer obispo de Guatemala, Francisco Marroquín, que había escrito al Consejo de Indias, el 20 de septiembre de 1547, denunciando que Gracias a Dios era una sede muy incómoda para la Audiencia, y que se hallaba muy apartada de los diferentes pueblos de su circunscripción. No había duda de que convenía su mudanza a la ciudad de Guatemala, que era, a su vez, sede episcopal. En respuesta a esta carta de Marroquín, una RC, datada en Madrid, de 16 de junio de 1548, encargó al sucesor de Alonso Maldonado, el presidente Alonso López Cerrato, elegir una sede mejor para la Audiencia. El licenciado Cerrato, que había tomado posesión de la presidencia de los Confines, en Gracias a Dios, el 26 de mayo de 1548, no dudó en elegir Santiago de Guatemala⁵³. A falta de unas Ordenanzas propias, el presidente Cerrato comunicó al Consejo de Indias, el 21 de mayo de 1549, que en aquella Audiencia se habían venido observando las de las Reales Chancillerías de Valladolid, de 1489, y de Granada, de 1494. En contestación a su carta, otra RC, de 7 de julio de 1550, ordenó que fuesen observadas las Ordenanzas que regían en la Audiencia de México. Estas Ordenanzas eran las *antiguas*, de 22 de abril de 1528, reformadas ligeramente el 12 de julio de 1530. Por lo tanto, entre 1544 y 1550, la Audiencia de los Confines se rigió por las Ordenanzas de las Chancillerías peninsulares; y, desde 1550 hasta 1563, por las Ordenanzas de la Audiencia de México, de 1528-1530, «en lo que quadrare». En 1563, no obstante, al ser creada la Audiencia de Quito, le fueron otorgadas unas extensas Ordenanzas (de 312 capítulos), luego concedidas a las Audiencias de Panamá –que era la ciudad a la que se había ordenado trasladar la Audiencia de los Confines, desde Santiago de Guatemala– y de La Plata de los Charcas. Después, estas Ordenanzas *nuevas* o *generales*, dictadas en la villa de Monzón el 4 de octubre de 1563, fueron extendidas a las restantes Audiencias indianas. Por eso, desde 1568, al ser nuevamente trasladada

⁵² AGI, Guatemala, leg. 9 A, ramo 12, núms. 32 y 36; AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 2, ff. 152 v-153 r, y 209 r y v; CDIAO, t. XXIV, pp. 393-396; MCH, vol. I, núms. 87-88, pp. 269-271; [COLECCIÓN SOMOZA], *Documentos para la Historia de Nicaragua*, t. XI, núm. 663, pp. 489-491 y t. XII, núm. 677, pp. 449-460; REMESAL, Fray A. de: *Historia general de las Indias Occidentales y particular de la Gobernación de Chiapa y Guatemala*, t. I, lib. IV, cap. XIV, pp. 313-318; y TRENS, Manuel Bartolomé: *Historia de Chiapas. Desde los tiempos más remotos hasta el gobierno del General Carlos A. Vidal*, 2.ª ed., México, 1957, pp. 96 y 97.

⁵³ AGI, Guatemala, leg. 9 A, ramo 16, núm. 57; AGI, Guatemala, leg. 393, lib. 3, ff. 34 r, 101 r y 165 r-167 r; AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 2, f. 220 r; MCH, vol. I, núms. 86 y 250, pp. 269 y 443-447; y [COLECCIÓN SOMOZA], *Documentos para la Historia de Nicaragua*, t. XV, núm. 787, pp. 63-68.

—a «tornar a proveerse»— la Audiencia desde Panamá a Santiago de Guatemala, esta refundada Audiencia de Guatemala recibió las Ordenanzas *generales* de 1563, siguiendo preferentemente el modelo de las de Charcas, por RP, expedida en El Escorial, de 28 de junio de 1568, que estuvieron vigentes hasta la Independencia de Centro América de la Corona española, es decir, durante más de dos siglos y medio, hasta el año 1821⁵⁴.

Como se ha venido reiterando, la Audiencia de los Confines fue erigida, inicialmente, en 1543-1544, como una *Audiencia gobernadora*. Ello quería decir que en su distrito jurisdiccional ya no habría gobernadores en cada una de sus diferentes provincias o gobernaciones, sino que sobre todas ellas gobernarían, conjuntamente, el presidente y los oidores designados para integrarla, quienes acumularían, junto con sus funciones judiciales (por *vía de comisión*), también facultades gubernativas. Ahora bien, las continuas quejas que fueron llegando al Consejo de Indias, tanto procedentes de los cabildos de las ciudades y villas del distrito, como de sus procuradores, de algunos vecinos, e incluso de los mismos oidores⁵⁵, fueron convenciendo a los consejeros de que era conveniente que el órgano de gobierno en el Nuevo Mundo fuese unipersonal, y no pluripersonal o colectivo, a fin de evitar las constantes discordias, y la consiguiente lentitud en la adopción de resoluciones, que la colegialidad conlleva. Era preciso, pues, un cambio radical en el régimen administrativo vigente.

Este giro radical llegó en forma de RC, despachada en Toledo, de 16 de septiembre de 1560. Se ordenaba, en ella, que cesase el gobierno colegiado del presidente y de los oidores de la Audiencia de los Confines (el régimen de *Audiencia gobernadora*), y que fuese sustituido por el gobierno unipersonal del presidente de la Audiencia, que entonces lo era el licenciado Juan Martínez de Landeche, desde 1558, lo que suponía inaugurar un nuevo sistema, el de la *Presidencia-Gobernación* o de *presidente-gobernador general*. Ello significaba que los oidores perdían todas sus competencias de gobernación adquiridas por comisión general (provisión de oficios, encomiendas y ayudas de costa), quedando estrictamente limitados al desempeño de sus nudas funciones judiciales. Sólo podían conocer de los asuntos de justicia, junto con el presidente de la Audiencia, como también lo hacían los oidores de la Audiencia de la Nueva España, y los de las Chancillerías Reales de Valladolid y Granada⁵⁶.

⁵⁴ AGI, Guatemala, leg. 393, lib. 3, f. 167 r; AGI, Guatemala, leg. 520, ff. 1 r-98 r; MCH, vol. I, núm. 64, pp. 167-245; AGI, Quito, leg. 211, lib. 1, ff. 30 r-72 v; AGI, Panamá, leg. 236, lib. 9, ff. 416 v-461 r; CDIU, t. XXIII, pp. 274-312; GARCÍA-GALLO, A.: «Las Audiencias de Indias. Su origen y caracteres», pp. 935-939; y SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.: *Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, pp. 189-247.

⁵⁵ Algunos ejemplos de estas quejas y críticas contra el régimen de gobierno colegiado o de *Audiencia gobernadora*, por lo que se refiere a la de los Confines, pueden ser las cartas dirigidas al rey por el oidor Diego de Herrera, con fecha de 10 de julio de 1545; o por Alonso García, un vecino y encomendero de la ciudad de Gracias a Dios, de 1 de febrero de 1546; o por otro de los oidores, el licenciado Pedro Ramírez de Quiñones, de 20 y 25 de mayo de 1549, en CDIAO, t. XXIV, pp. 352-381; y [COLECCIÓN SOMOZA], *Documentos para la Historia de Nicaragua*, t. XI, núm. 657, pp. 454-468; y t. XV, núms. 786 y 788, pp. 59-62 y 68-71.

⁵⁶ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, f. 2 r y v; y MCH, vol. I, núm. 412, pp. 620-621.

Pero, como ha apuntado algún autor, el brusco cambio operado, con el nuevo régimen presidencial de gobierno, no fue acompañado de una clara delimitación entre los asuntos de gobierno y de justicia, imprescindible para que no hubiera dudas sobre lo que correspondía a uno solamente, o a todos conjuntamente. Los conflictos para determinar si una cuestión era de gobierno (y correspondía, por tanto, en exclusiva, al presidente-gobernador) o de justicia (y debía ser vista por los oidores, junto con el presidente) se multiplicaron sin descanso. Hasta el punto de que, en 1587, se creyó conveniente reforzar las facultades de los presidentes-gobernadores mediante un método idéntico al de los virreyes: el de la llamada *cédula de discordias*. El primer favorecido fue, en el distrito de la Audiencia de Guatemala, el visitador y presidente-gobernador licenciado Pedro Mallén de Rueda, al que se le envió sobrecartada, mediante una RC, librada en Madrid el 29 de diciembre de 1587, una anterior RC, datada en El Escorial, de 4 de julio de 1570, remitida en su día al virrey de México, facultándole para decidir si un asunto era de gobierno o de justicia⁵⁷. Lo que introdujo un cierto desequilibrio en el régimen de gobierno indiano, al establecer una clara supremacía de los órganos de gobernación (el virrey, el presidente-gobernador) sobre los órganos judiciales (la Audiencia).

Al ordenar el traslado –o *mudanza*– de la Audiencia radicada en Santiago de Guatemala a la ciudad de Panamá, no hizo referencia alguna la RP, extendida en la ciudad de Zaragoza el 8 de septiembre de 1563, a los motivos concretos de tal decisión. De ahí que haya que especular, con Schäfer, que la causa principal del traslado fue el incremento extraordinario del tráfico mercantil experimentado en la ciudad de Panamá en los últimos veinte años, al constituirse en el puerto de salida de las mercaderías de España hacia la Mar del Sur (Guayaquil, El Callao, Chile), tras atravesar la ruta ístmica, después de ser desembarcadas por los galeones de Tierra Firme en el puerto de Nombre de Dios, lo que conllevaba un alto índice de litigiosidad⁵⁸. Entre 1563 y 1568, por tanto, se produjo el traslado y permanencia de la originaria Audiencia de los Confines en la ciudad de Panamá, con la extinción consiguiente de aquella Audiencia, primero radicada en Gracias a Dios, y después en Santiago de Guatemala. Un traslado que se hizo efectivo, en realidad, entre 1564 y 1570: exactamente, entre el 14 de agosto de 1564 y el 5 de enero de 1570. Hay que destacar el hecho, en cualquier caso, de que, desde el primer momento, la supresión de la Audiencia de los Confines y su traslado a Panamá fueron tenidas por medidas muy desacertadas. Así se lo manifestaron a Felipe II, por ejemplo, el virrey de México, Luis de Velasco, por carta de 26 de febrero de 1564; el gobernador de la provincia de Guatemala, y juez de residencia de la Audiencia de los Confines, el licenciado Francisco Bricceño, desde Santiago de Guatemala el 10 de agosto de 1565; o el licenciado Jerónimo de Valderrama, consejero de Indias y visitador general del Virreinato de la Nueva España, a través de dos misivas, redactadas en la ciudad de México

⁵⁷ MUÑOZ ROMERO, Fernando: *Las Presidencias-Gobernaciones en Indias (s. XVI)*, Sevilla, 1975, pp. 15-19, 22-26, 124-132, 179-186 y 216-217.

⁵⁸ AGI, Panamá, leg. 236, lib. 9, f. 404 r y v; AGI, Panamá, leg. 375; y SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 71-72.

el 21 y el 26 de junio de 1564, para quienes las provincias de Honduras, Socusco o Los Izalcos, entre otras, alejadas tanto de la Audiencia de México como de la de Panamá, quedaban desamparadas y sin justicia⁵⁹. El crecimiento desmesurado del distrito de la Audiencia de la Nueva España, como consecuencia de la agregación de las provincias centroamericanas, y las dificultades de comunicación entre estas últimas y la Audiencia de Panamá, particularmente en el caso de Honduras, fueron, pues, sin duda, los principales argumentos que convencieron al Consejo de las Indias para consultar en favor del restablecimiento de la Audiencia de Guatemala. Así se hizo mediante una RP, también expedida en El Escorial, de 28 de junio de 1568, teniendo lugar su efectiva restauración, como se ha adelantado, el 5 de enero de 1570. Fue entonces cuando llegaron a la ciudad de Santiago el nuevo presidente, el doctor Antonio González; los oidores, licenciados Garcí Jofre de Loaysa, Bernabé Valdés de Cárcamo y Cristóbal de Azcoeta; y el fiscal, el licenciado Pedro de Arteaga Mendiola. Habían partido del puerto de Sanlúcar de Barrameda, en la flota de la Nueva España, al mando del general Francisco de Luján, el 25 de julio de 1569; hecho escala en el puerto de Trujillo de Honduras el 27 de octubre; y desembarcado en Puerto de Caballos el 20 de noviembre de 1569. Como el presidente y los oidores comunicaron al Consejo de Indias, por medio de una carta conjunta de 3 de marzo de 1570, tras haber ordenado por el camino (terrestre) varios asuntos urgentes, por fin, la víspera de la festividad de los Reyes pudieron entrar en Santiago de Guatemala, y tomar posesión de sus empleos en presencia del cabildo municipal. A la semana siguiente, el 13 de enero de 1570, con toda solemnidad, fue introducido el sello real en la ciudad, en la sede de la Audiencia, y depositado allí, en las casas reales⁶⁰. La Audiencia de los Confines y de Guatemala iniciaba, de este modo, su segunda, y prolongada, andadura histórica.

En consecuencia, ha de tenerse en cuenta que la Audiencia de los Confines, en su sede de Gracias a Dios (entre mayo de 1544 y enero de 1549), contó con dos presidencias: las de los licenciados Alonso Maldonado y Alonso López Cerrato. Todavía siendo Audiencia de los Confines, en su sede de Santiago de Guatemala (entre enero de 1549 y agosto de 1564), tuvo tres presidentes: el licenciado Alonso López Cerrato, el doctor Antonio Rodríguez de Quesada, y el licenciado Juan Martínez de Landecho. Finalmente, la Audiencia de Guatemala, originada como consecuencia de la refundación, en la misma ciudad de Santiago de Guatemala, de la anterior y extinguida Audiencia de los Confines, conoció seis presidentes-gobernadores durante el siglo XVI, entre 1570 y 1609: el doctor Antonio González, el doctor Pedro de Villalobos, el licenciado Diego García de Valverde, el licenciado Pedro Mallén de Rueda, el doctor Francisco de Sande, y

⁵⁹ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramos 3 y 4, núms. 14 y 19; AGI, México, leg. 19, núms. 32 y 34; AGI, México, leg. 68, ramo 27, núm. 91; y *Cartas de Indias*, Biblioteca de Autores Españoles, tres tomos, Madrid, 1974 (1.ª ed. en un tomo, Ministerio de Fomento, Madrid, 1877), t. I, núm. LII, pp. 276-279.

⁶⁰ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 9, núm. 35; AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, ff. 335 v-337 r, 344 v-345 r, 373 r, 384 r-385 r, 404 v-406 r, 410 v-412 r y 414 v; y MCH, vol. I, núms. 334, 431-433, 586, 700-701 y 710-712, pp. 580-582, 632-635, 697, 758-759 y 763-764.

el doctor Alonso Criado de Castilla. Procuraré presentar, a continuación, una brevísima visión global de esta centuria, la primera, y fundamental, en el desenvolvimiento histórico de las tierras centroamericanas, y en su primigenia trayectoria institucional, al hilo de sus sucesivas presidencias, y presidencias-gobernaciones. Un tiempo, de dominio de tierras y de asentamiento de hombres en el Nuevo Mundo, que también fue de conquista *espiritual* (establecimiento de *doctrinas*, fundación de conventos, erección de diócesis) y de conquista *temporal* (introducción de encomiendas, cobro de tributos, liberación de esclavos, implantación de *reducciones* o *congregaciones*) en la América Central.

El licenciado Alonso Maldonado (Salamanca, c. 1500-costas de Tabasco y Yucatán, noviembre de 1564), que estudió leyes y cánones en la Universidad de Salamanca, obtuvo su primer, y temprano, destino indiano en 1519, de alcalde mayor en la isla de Santo Domingo. Casado con Catalina de Montejo, la hija legítima y única heredera del adelantado de Yucatán, Francisco de Montejo, siendo oidor de México (en virtud de una RP de nombramiento, de 5 de abril de 1530), fue enviado a la provincia de Guatemala, por primera vez, en 1535, como visitador de aquella gobernación, con la comisión de tasar tributos y restituir encomiendas. Ejercería, poco después, en una segunda ocasión, como juez de residencia del adelantado y gobernador Pedro de Alvarado, mientras éste se hallaba ausente de Guatemala, entre 1536 y 1539. Al morir Alvarado, en 1541, la Audiencia de México, dada su anterior experiencia como visitador, le designó, por tercera vez, para ocupar un cargo en Guatemala: ahora, como gobernador y capitán general interino, de conformidad con la RP que dicha Audiencia expidió, en la capital novohispana, el 12 de marzo de 1542. Dos años permaneció como tal, hasta alcanzar un más alto destino. Un empleo, el de presidente de la Audiencia Real de los Confines (1544-1548), que le fue atribuido, formalmente, mediante una RP, despachada en la villa de Madrid, de 1 de marzo de 1543⁶¹. Y un destino que llevaba anejo el encargo de aplicar las *Leyes Nuevas* de 1542-1543, en su distrito territorial. Apenas tomada posesión de su cargo, sin embargo, el licenciado Maldonado comunicó al Consejo de Indias, desde Gracias a Dios, el 18 de diciembre de 1544, que había suspendido la ejecución de algunas de las *Leyes Nuevas* (en particular, la ordenanza XXX, que prohibía la hereditaria futura de las encomiendas), nada más tener noticia de las revueltas que habían ocasionado entre los conquistadores en el Perú, y de su sobreseimiento en México por el virrey Antonio de Mendoza. Aunque las había hecho pregonar, cuestionaba su acierto. Resultaba injusto, además,

⁶¹ AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 2, ff. 84 v-85 v; AGI, Indiferente General, leg. 420, lib. 8, f. 42 r y v; AGI, México, leg. 1088, lib. 1, f. 213 v; VÁZQUEZ, Fray Francisco: *Crónica de la Provincia del Santísimo Nombre de Jesús de Guatemala, de la Orden de Nuestro Seráfico Padre San Francisco en el Reino de la Nueva España*, t. I, pp. 47 y 153; RUBIO MAÑÉ, J. Ignacio: *Monografía de los Montejos*, Mérida, Yucatán (México), 1930, pp. 120-122; KRAMER, Wendy; LOVELL, William George, y LUTZ, Christopher: «Las tasaciones de tributos de Francisco Marroquín y Alonso Maldonado, 1536-1541», en *Mesoamérica*, Antigua Guatemala, 12 (1986), pp. 357-394; y RUIZ MEDRANO, Ethelia: *Gobierno y sociedad en Nueva España: segunda Audiencia y Antonio de Mendoza*, México, 1991, pp. 92-93, 138-139, 158, 160, 162-186 y 194.

desposeer de sus indios esclavos, tanto de guerra como de rescate, a los pobladores que no mostrasen tener un título legítimo de posesión. Si era aplicada esta ordenanza estrictamente, todos los vecinos perderían sus esclavos, la tierra se despoblaría, y habría que devolver los quintos reales que los oficiales de la hacienda del rey habían cobrado por herrar a dichos esclavos. El príncipe Felipe, en su condición de regente-gobernador del Reino, tuvo que contestar, con dos RR.CC., también libradas en Madrid, de 5 de junio y 9 de julio de 1546, reprendiendo su actitud, y amonestándole por las encomiendas que los gobernadores y oficiales de la real hacienda habían traspasado a sus esposas e hijos, en fraude evidente del espíritu de las *Leyes Nuevas*⁶².

En 1548, Alonso Maldonado fue sustituido, como presidente de la Audiencia de los Confines, por el licenciado Alonso López Cerrato (1548-1555), que, hasta entonces, había desempeñado los empleos de juez de residencia y de presidente interino de la Audiencia de Santo Domingo. Tras cesar en sus funciones, Maldonado decidió retornar a España, para resolver en la corte, entre otros asuntos, el de su reconocimiento como nuevo adelantado de Yucatán, al haber fallecido ya su suegro, Francisco de Montejo. Lograría ser provisto, además, para ocupar, precisamente, la presidencia de la Audiencia de Santo Domingo, según un título de nombramiento que le fue despachado con una RP de 29 de marzo de 1552. Residenciado en 1557, el licenciado Alonso Maldonado viajó por segunda vez a la Península en 1563, para suplicar a Felipe II, y a su Consejo de las Indias, que le fuesen devueltas a su esposa las encomiendas (entre otras, la de la isla de Cozumel) que su difunto suegro, el adelantado Montejo, había poseído y disfrutado en vida por merced perpetua, y que le habían sido quitadas en aplicación de las *Leyes Nuevas*. Sin conseguir su propósito, Maldonado retornó a la Nueva España, a recoger a su esposa, pero, en el mes de noviembre de 1564, el navío en el que iba a bordo zozobró ante las costas de Tabasco y Yucatán, y, muy próximo al litoral de su adelantamiento, pereció ahogado⁶³.

El licenciado Cerrato (Medellín, 1496-Santiago de Guatemala, 5 de mayo de 1555) era natural de la aldea de Mengabril, perteneciente al término jurisdiccional de la villa extremeña de Medellín. Al cumplir su comisión de residenciar a los miembros de la Audiencia de La Española, y de enviar a responder ante el Consejo de Indias a su presidente, y obispo de Santo Domingo, el licenciado Alonso de Fuenmayor, de conformidad con su RP de nombramiento, de 6 de julio de 1543, Cerrato, encargado de aplicar las *Leyes Nuevas* en aquel distrito audien-cial, se ganó una reputación de oficial estricto, observante de la justicia y fiel cumplidor de la voluntad regia. En La Española conoció a fray Bartolomé de las Casas, en cuyas opiniones se habría de inspirar durante el resto de su vida. De ahí que recibiese encendidos elogios del dominico, como el que incluyó en la carta

⁶² AGI, Guatemala, leg. 9 A, ramos 11 y 13, núms. 28 y 41; AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 2, ff. 145 v-148 r y 154 v-159 r; MCH, vol. I, núms. 248-249, pp. 433-443; y [COLECCIÓN SOMOZA], *Documentos para la Historia de Nicaragua*, t. XI, núm. 642, pp. 381-383 y t. XII, núm. 677, pp. 449-460.

⁶³ AGI, Contratación, leg. 5537, lib. 3, f. 32 r; AGI, Santo Domingo, leg. 49, ramo 26, núm. 154; y SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 443.

remitida al príncipe Felipe, desde Gracias a Dios, siendo ya obispo de Chiapa, el 9 de noviembre de 1545: «No hay otro bien en estas Indias, sino aquella Audiencia (*de México*), y Blasco Núñez (*Vela*) en el Perú, y el licenciado Cerrato en la isla Española y Audiencia de Santo Domingo». Como amigo y partidario suyo que era, Las Casas influyó en la corte, ante Carlos V y su Consejo de Indias, para que Cerrato fuese designado presidente de la Audiencia de los Confines, ya que tenía que ser el brazo ejecutor de sus ideas indigenistas. Y así fue, desde el primer momento, a partir de su RP de nombramiento como tal, fechada en Madrid el 21 de mayo de 1547⁶⁴. Zarpó del puerto de Santo Domingo a finales del mes de abril de 1548. Desembarcó en Puerto de Caballos, y llegó a Gracias a Dios el 19 de mayo de ese mismo año. Tomó posesión de su cargo, ante el cabildo municipal de esta ciudad, el 26 de mayo de 1548. Cuatro meses después, en una carta de 28 de septiembre de 1548, Cerrato daba cuenta al emperador Carlos de su sentencia, dictada en el juicio de residencia que había seguido contra su predecesor en la presidencia, y contra los anteriores oidores de la Audiencia de los Confines, los licenciados Herrera, Ramírez de Quiñones y Rogel. Les acusó de no haber cumplido las *Leyes Nuevas*, vulnerándolas al haberse servido de los indios, obligándoles a transportar cargas (como *tamemes*) en su particular beneficio, y «entendiendo solamente en sus minas, e vacas e granxerías». No se habían preocupado de poner en libertad a los esclavos nativos, ni prohibido que se les cargase, ni vigilado para que no les llevasen sus encomenderos más tributos de los tasados. Es más, ¿por qué la sede de la Audiencia no había sido ya trasladada a Santiago de Guatemala? Por intereses ilícitos —se respondía Cerrato—, ya que «el Presidente (*Alonso Maldonado*) se servía de quatro pueblos de indios e los oydores ahorran su salario, e desde aquí proveían sus minas e negros, e tenían sus vacas e granxerías, en que ganavan más que en ser oydores, e no tenían negoçios que les estorvasen»⁶⁵.

La puesta en libertad de los indígenas que habían sido hechos esclavos, tanto de guerra como de rescate, la tasación moderada de sus tributos, la liberación o reducción de las cargas excesivas que pesaban sobre los nativos (servicios de *tamemes* y *aborías*), y la apertura de caminos para las recuas de mulas (entre Puerto de Caballos y Santiago de Guatemala) y de puertos (como el de

⁶⁴ Y no de 19 de abril de 1548, como asegura SCHÄFER, E.: *op. cit.*, t. II, p. 472; a quien sigue, en este caso, BARRIENTOS GRANDÓN, J.: *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «*De Iurisdictio Animata*» en *el Nuevo Mundo*, t. II, núm. 912, p. 777. Y ello, de conformidad con AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 2, ff. 177 v-178 v. Además de AGI, Patronato, leg. 282, ramo 59, núm. 2; FERNÁNDEZ DE OVIEDO, Gonzalo: *Historia general y natural de las Indias, Islas y Tierra Firme del Mar Océano*, BAE, 5 tomos, edición y estudio preliminar de Juan Pérez de Tudela Bueso, Madrid, 1959 (2.ª ed. facsimilar en 5 tomos, Madrid, 1992), t. I, lib. V, cap. XII, pp. 139-141; DÍAZ Y PÉREZ, Nicolás: *Diccionario histórico, biográfico, crítico y bibliográfico de autores, artistas y extremeños ilustres*, t. I, Madrid, 1884, p. 149; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel: *Bartolomé de las Casas*, 2 vols., vol. II. *Capellán de S. M. Carlos I, poblador de Cumaná (1517-1523)*, Sevilla, 1960, pp. 1018 y 1125; SHERMAN, William Lewis: *Indian Slavery in Spanish Guatemala, 1524-1550*, University of New Mexico Press, 1967, pp. 94-124; y BATAILLON, Marcel: «Las Casas y el licenciado Cerrato», en sus *Estudios sobre Bartolomé de las Casas*, Barcelona, 1976 (1.ª ed. en francés, París, 1965), pp. 281-290.

⁶⁵ AGI, Guatemala, leg. 9 A, ramo 15, núm. 49; y [COLECCIÓN SOMOZA], *Documentos para la Historia de Nicaragua*, t. XIV, núm. 756, pp. 344-350; las citas en las pp. 344 y 345.

Iztapa, en la Mar del Sur, muy próximo a la ciudad de Santiago), fueron las principales preocupaciones del presidente Cerrato durante su período de mandato, y sus mayores logros. Otro de sus aciertos fue la puesta en marcha, pionera en las Indias, de la política regia de *reducciones* o *congregaciones*, impulsada, en la circunscripción audiencial de los Confines, por una importante RC, adoptada en Valladolid el 9 de octubre de 1549. Para un mejor adoctrinamiento de los naturales del Nuevo Mundo en la fe católica, y para su *civilización*, esto es, para que adoptasen una organización política similar a la de los españoles, se *congregó* a los indígenas, es decir, se les *redujo* a poblados grandes, alejándoles de su dispersión habitual por montes y valles, lo que facilitaba la labor evangelizadora. Una vez congregados, los indios elegían, en sus pueblos, regidores cadañeros, y se les proveía de alcaldes ordinarios, que administraban la justicia civil. También había alguaciles, que ejecutaban los mandamientos judiciales y gubernativos; cárceles, para los malhechores; corrales de concejo, para guardar el ganado; y, mercados y plazas donde vender alimentos a los caminantes, españoles e indios, y alquilar caballerías. Para hacer efectivo este programa de *reducciones* o *congregaciones* en pueblos de los indígenas, Cerrato contó con el apoyo incondicional de los frailes del distrito (franciscanos, dominicos), lo que, a su vez, le enajenó –todavía más– los ánimos de los encomenderos⁶⁶. Tampoco faltaron, entre los críticos de la denominada *tiranía del licenciado Cerrato*, algunos destacados religiosos, como fray Francisco de Bustamante, comisario general de la Orden de San Francisco, quien denunciaría a Carlos V su talante autoritario en una carta de 22 de marzo de 1551, contraponiendo su labor de liberación de los esclavos indios en Guatemala, «a golpe de martillo», frente a la mucho más hábil y fructífera del virrey Antonio de Mendoza en México, empleando «lima sorda». No fue ajeno el presidente Cerrato, tampoco, a las denuncias de nepotismo, formuladas contra él, por ejemplo, nada menos que por Bernal Díaz del Castillo, el conocido cronista y regidor de Santiago de Guatemala; o por el mismo Las Casas, quien, desengañado con el paso del tiempo, llegó a convertirse en un firme contradictor de su antiguo protegido. Le llegó a culpar el dominico, en 1552, de permitir el tráfico de esclavos indios en su distrito, y de enriquecer con encomiendas a sus parientes y allegados: a su hermano, el doctor Juan López Cerrato; a sus yernos, Nicolás López de Irrraga y Sancho Cano Guerrero, etc. Hasta el extremo de que, el 22 de febrero de 1552, Bernal Díaz del Castillo llegó a consignar, en otra misiva elevada a Carlos V, que: «No savemos cuándo verná (*a la Audiencia de los Confines*) otra barcada de Çerratos, a que les den indios»⁶⁷.

⁶⁶ AGI, Guatemala, leg. 9 A, ramo 16, núm. 62; AGI, Guatemala, leg. 44; AGI, Guatemala, leg. 52; AGI, Guatemala, leg. 402, lib. 3, f. 57 r y v; CDIAO, t. XXIV, pp. 474-493; [COLECCIÓN SOMOZA], *op. cit.*, t. XV, núms. 794 y 802, pp. 80-90 y 107-108; y *Cartas de Cabildos hispanoamericanos. Audiencia de Guatemala*, t. I, núm. 12, pp. 14 y 15 y t. II, núm. 2, pp. 4 y 5.

⁶⁷ AGI, Indiferente General, leg. 1093; *Cartas de Indias*, t. I, núm. VI, pp. 38-44; y BATAILLON, M.: «Las Casas y el licenciado Cerrato», pp. 283-289. La carta de fray Francisco de Bustamante, de 22 de marzo de 1551, ha sido publicada en «Historiadores de Indias. Algunos capítulos relacionados con Guatemala», en los *Anales de la Sociedad de Geografía e Historia de Guatemala*, Guatemala, XL, 3-4 (julio-diciembre, 1967), pp. 250-264, en concreto, pp. 254-264.

A la postre, la acusación de querer imponer las *Leyes Nuevas* por la fuerza, sin emplear la persuasión y los medios templados, sería la que condujese a la sustitución de Cerrato, como presidente interino (1555), por otro oidor de la Audiencia de México, el doctor Antonio Rodríguez de Quesada. Una RP de 17 de noviembre de 1553 designó al doctor Quesada como juez de residencia de su antecesor, y oidor decano o más antiguo de la Audiencia de los Confines, que habría de presidir hasta que el monarca proveyese un presidente titular⁶⁸. Entró en posesión de estos empleos, en Santiago de Guatemala, el 14 de enero de 1555. Apenas cinco meses después, el 5 de mayo de 1555, pesaroso y quejoso de su postergación, fallecería el licenciado Cerrato, sin haber abandonado todavía la capital guatemalteca, siendo enterrado en la iglesia del convento de Santo Domingo. Natural de la villa salmantina de Ledesma, en su juventud, el doctor Quesada había sido catedrático de Cánones en la Universidad de Alcalá de Henares, donde había cursado estudios, y donde redactaría un *Tractatus quoanmodo maioratus fieri possit ultra 3 et 5 partem bonorum et quomodo facultas*, que se conserva manuscrito⁶⁹. Tras desempeñar los empleos de juez asesor en los estados del duque del Infantado, y de corregidor de Guadalajara, una RP de 7 de mayo de 1546 lo había elevado a una plaza de oidor en la Audiencia de la Nueva España. Una de sus principales comisiones entonces había sido la de visitar, contar y tasar los pueblos de indios del Marquesado del Valle, siguiendo el tenor literal de una RC e instrucciones de 31 de diciembre de 1549, cuyo titular era ya, por muerte de Hernán Cortés, su hijo, Martín Cortés, II marqués del Valle de Oaxaca. También desempeñó el doctor Quesada, al tiempo de su fundación, el cargo de rector interino de la Universidad de México, desde el momento de su apertura, el 3 de junio de 1553, hasta la ceremonia de fundación oficial, llevada a cabo, con asistencia del virrey Luis de Velasco, el 21 de julio de 1553, siendo elegido entonces el rector titular o propietario⁷⁰. Como juez de residencia de la Audiencia de los Confines, el doctor Quesada concluyó la residencia del licenciado Cerrato en mayo de 1555, precisamente cuando acababa de fallecer éste. Al quedar vacante la presidencia, una RP, expedida por el príncipe Felipe en Valladolid, de 3 de agosto de 1555⁷¹, nombró presidente en propiedad o titular de

⁶⁸ AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 1, ff. 111 v-112 v; y MCH, vol. I, núm. 426, pp. 627-629.

⁶⁹ En la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, bajo la signatura 333-097, núm. 4, ff. 171 r-180 v, con el rótulo de *Super Institutionibus Justiniani*. Su hijo, Antonio Quesada, fue un notable jurisconsulto, que dio a la imprenta, tras la muerte de su padre, unas *Diversarum Quaestionum iuris liber singularis*, Salmanticae, 1573 [GAVARRETE ESCOBAR, Juan, *Anales para la Historia de Guatemala (1497-1811)*, Guatemala, 1980, p. 21; y BARRIENTOS GRANDÓN, J.: *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «*De Iurisdicchio Animata*» en *el Nuevo Mundo*, t. II, núm. 1503, pp. 1038 y 1039].

⁷⁰ AGI, Guatemala, leg. 52; AGI, Justicia, leg. 201 B; AGI, México, leg. 68; AGI, México, leg. 1089, lib. 1, ff. 106 v-107 r y 137 r-141 v; CARREÑO, Alberto María: *La Real y Pontificia Universidad de México, 1536-1835*, México, 1961, pp. 41 y 42; SARABIA VIEJO, María Justina: *Don Luis de Velasco, virrey de Nueva España (1550-1564)*, Sevilla, 1978, pp. 1, 4, 25, 39-42, 45, 208 y 385-386; y LUNA DÍAZ, Lorenzo Mario y PAVÓN ROMERO, Armando: «El claustro de consiliarios de la Real Universidad de México, de 1553 al segundo rectorado de Farfán», en VV.AA., *Universidades españolas y americanas*, Valencia, 1987, pp. 330 y ss.

⁷¹ Y no de 13 de agosto de 1555, como quiere SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 472; según AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 1, ff. 159 v-160 r.

la Audiencia de los Confines al doctor Quesada. No pudo tener conocimiento el interesado, sin embargo, de la consolidación de su plaza interina, ya que falleció pocas semanas después de la adopción de la decisión del príncipe-regente, en octubre de 1555, en camino hacia la ciudad de México, sin tiempo para que aquélla pudiera llegar a las Indias⁷². Los *Anales de los Cakchiqueles* recogieron el siguiente comentario, desfavorable, sobre la breve actuación del doctor Quesada, en comparación con su antecesor, el licenciado Cerrato, que contaba con el favor de los indígenas por su justo proceder con ellos, al haber aplicado enérgicamente las *Leyes Nuevas* de 1542-1543:

«Durante este año llegó el Señor Presidente Doctor Quexata. El día 2 Hunahpú (2 de enero de 1555) llegó el Señor aquí; vino de México. Llegó al segundo día de la Circuncisión. El Señor Çerrado estaba en Pangán cuando llegó. Poco después de haber llegado el Señor Doctor Quexata murió el Señor Presidente Çerrado; poco tiempo estuvieron juntos los Señores. Algún tiempo después murió el Doctor Quexata, sin condenar a nadie, sin detener a nadie. Al contrario, el Señor Çerrado sí condenó de verdad (*a los castellanos*), e hizo lo que era justo.»⁷³.

El cabildo de Santiago de Guatemala, en una de sus varias misivas de queja a la corte, en este caso, de 18 de febrero de 1555, clamó por que fuese designado como gobernador un caballero de nacimiento, y que el designado fuese el único gobernador del distrito audiencial (en *régimen de Presidente-Gobernador*), y no que todos los oidores formasen un cuerpo de gobierno (en *régimen de Audiencia gobernadora*). Era una expresión clara de la insatisfacción de los regidores de Santiago, todos ellos poderosos encomenderos, con la labor restrictiva de Cerrato, al aplicar las *Leyes Nuevas*, para sus intereses económicos. Debían pensar que un *caballero de nacimiento* compartiría sus intereses materiales, y sus pretensiones políticas. Ahora bien, tampoco les debió convencer la labor —cierto es que fugaz— del doctor Quesada, quien, en cambio, sí contó con el apoyo de los eclesiásticos. Pues bien, el régimen de *Presidencia-Gobernación* llegaría, por fin, como se comentó más arriba, con el licenciado Juan Martínez de Landecho (Munguía, c. 1525-Panamá, 1569), presidente de la Audiencia de los Confines (1559-1564) tras casi cuatro años, entre 1555 y 1559, de presidencia interina del oidor decano, el licenciado Pedro Ramírez de Quiñones. Natural del Señorío de Vizcaya, el licenciado Landecho debió nacer en la anteiglesia de San Pedro de la villa de Munguía, quizás en el caserío de Landecho de Arriba. Fue alcalde mayor del adelantamiento del partido de Burgos, y corregidor de Guadix, del Campo de Calatrava y de Toledo, antes de ser destinado al Nuevo Mundo. Propuesto para ocupar la presidencia vacante de la Audiencia de los Confines por medio de una consulta del Consejo de Indias, elaborada en la villa de Valladolid el 4 de julio de 1558, fue nombrado como tal por una RP de 28 de noviembre de 1558. Tomó posesión de su empleo,

⁷² AGI, Guatemala, leg. 52; y AGI, Justicia, leg. 242. Se equivoca también, pues, SCHÄFER, E.: *op. cit.*, t. II, p. 472, cuando asegura que el doctor Quesada murió «en su oficio», en «octubre de 1557».

⁷³ *Memorial de Sololá/Anales de los Cakchiqueles*, núm. 181, p. 143.

en la ciudad de Santiago de Guatemala, ante su cabildo secular, el 3 de septiembre de 1559⁷⁴. La obtención de la *cédula de presidente-gobernador*, que alcanzaría al año siguiente, como antes se apuntó, a través de una RC, extendida en Toledo, de 16 de septiembre de 1560, fue perseguida por el licenciado Landecho, incluso pidiendo a fray Bartolomé de las Casas que instase su concesión en la corte. Así lo demuestra una temprana carta, de 27 de diciembre de 1559, que aquél hizo llegar al convento de San Pablo de Valladolid, donde se alojaba el anciano dominico. Relataba en ella que, al desembarcar en el puerto de Trujillo, había tenido que ordenar su inmediata fortificación, junto con el de Puerto de Caballos, en donde una noche se había visto obligado a rechazar el desembarco de dos navíos de corsarios franceses. Dado que Puerto de Caballos contaba con un pésimo asiento, en una bahía abierta, sin resguardo posible, se había preocupado de buscar otro mejor, que halló en el llamado paraje de *la Caldera*, que era un alto próximo a una ciénaga. Allí había mandado poblar de nuevo. En definitiva, deseaba la gobernación exclusiva de la circunscripción de los Confines, para así poder reformar y hacer algo en aquellos perdidos lugares⁷⁵.

Pronto se ganaría el licenciado Landecho, pese a la favorable impresión inicial que produjo, por ejemplo, en el obispo de Guatemala, Francisco Marroquín, la enemistad de los clérigos y religiosos de las diferentes diócesis (Chiapa, la Verapaz, Guatemala, Honduras, Nicaragua) de su distrito. Ya en sus informes o cartas de relación al Consejo de Indias de 28 de diciembre de 1559 y de 16 de julio de 1560, o sea, muy precozmente, se quejaba del excesivo poder de los eclesiásticos. Trataban y adoctrinaban bien a los indios, sobre todo los regulares, franciscanos y dominicos, pero, tenían demasiado ascendiente sobre ellos. El obispo Marroquín, además, se mostraba remiso a la hora de castigar a los clérigos de su diócesis: era el caso, verbigracia, de los *doctrineros* (titulares de las parroquias indígenas) que residían en los pueblos de naturales donde se cultivaba el cacao (Los Izalcos), que trataban y contrataban con ellos, vejándolos, coaccionándoles y abusando de su superioridad, con ánimo de lucro. En el Consejo de Indias se llegó a deliberar, como consta por una RC, despachada en Madrid, de 9 de agosto de 1561, acerca de su propuesta de trasladar a Puerto de Caballos, desde la ciudad y puerto de Nombre de Dios, la navegación y contratación al Perú de los galeones de Tierra Firme. En su haber también hay que apuntar la orden de poblar la villa de la Nueva Sevilla, en un lugar bautizado, en homenaje a sus orígenes peninsulares, como *La Munguía*, que, al poco tiempo, sin embargo, en apenas tres años, lamentablemente, se despoblaría, cerca del Golfo Dulce.

⁷⁴ AGI, Contratación, leg. 5367, núm. 23; AGI, Contratación, leg. 5537, lib. 2, f. 27 r y v; AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 1, ff. 240 r-241 v; AGI, Indiferente General, leg. 738, núm. 29; MCH, vol. I, núms. 332 y 355, pp. 579 y 595-596; *Catálogo de pasajeros a Indias durante los ss. xvi, xvii y xviii*, vol. III. (1539-1559), Sevilla, 1946, núm. 4192, pp. 317 y 318; SÁENZ DE SANTA MARÍA, Carmelo: «Don Juan Martínez de Landecho, primer presidente-gobernador de la Audiencia de Guatemalas», en *Estudios de Deusto*, Bilbao, XVII, 36-38 (enero-diciembre, 1969), pp. 405-427; y LORENZO SANZ, Eufemio: *Cuatro mil vallisoletanos y cien poblaciones en América y Filipinas*, Valladolid, 1995, pp. 55, 374, 377 y 398.

⁷⁵ AGI, Guatemala, leg. 9 A, ramo 25, núm. 102; y MURO ROMERO, F.: *Las Presidencias-Gobernaciones en Indias (s. xvi)*, pp. 16-19, 21, 47, 111-119, 127-129, 143, 150-152, 166 y 215.

Y también su intento de construir un camino desde el Golfo Dulce, que era donde se desembarcaban las mercaderías procedentes de Castilla, hasta la ciudad de Santiago de Guatemala, a través de la provincia de la Verapaz. Pero, los religiosos de la Orden de Predicadores del convento verapaceño de Cobán se lo impidieron. Más éxito tuvo en la apertura del camino de Santiago de Guatemala al valle de Amatitlán. A pesar de lo cual, en la residencia que le tomó el licenciado Francisco Briceño, juez de residencia de la Audiencia de los Confines con ocasión de su traslado a Panamá, y gobernador de la provincia de Guatemala, le fueron imputados los cargos de favorecer con oficios, encomiendas y rentas a los parientes y amigos (Juan Martínez de Loizaga, Gaspar de Gori, Gaspar Morán Castilla) que había llevado consigo desde Vizcaya⁷⁶. Hasta el punto de que el visitador general del Virreinato de la Nueva España, Jerónimo de Valderrama, justificó su sustitución en la presidencia de la Audiencia, por carta remitida al monarca, Felipe II, desde la ciudad de México, el 21 de junio de 1564, diciendo que «quiso haçer otra Vizcaya» en Guatemala⁷⁷. Y es que, en efecto, su residencia quedó interrumpida el 31 de enero de 1565, cuando Landecho huyó de la provincia de Guatemala, para dirigirse a la corte, a España. Ya en Madrid, en 1566, siguió ante el Consejo de Indias el recurso de apelación interpuesto contra su sentencia de residencia, dictada por Briceño el 14 de diciembre de 1564. Resultó condenado, finalmente, a una pena de seis años de suspensión para ejercer oficios de justicia, y al pago de una sanción pecuniaria de 131.000 maravedís. No obstante, una posterior RC, de 8 de mayo de 1568, le otorgaría la merced de condonarle el tiempo que aún le restaba para cumplir los seis años de suspensión, declarándole hábil para desempeñar nuevos empleos de justicia. Y, puesto que ya había satisfecho la multa pecuniaria impuesta, otra RP, despachada en Aranjuez, de 23 de noviembre de 1568, ordenó que le fuese extendido el título de nombramiento de oidor de la Audiencia de la Ciudad de los Reyes, en las provincias del Perú. Cuando iba a tomar posesión de esta nueva plaza en las Indias, una vez llegado a Panamá, sin embargo, camino de Lima, en el primer semestre del año 1569, falleció el licenciado Juan Martínez de Landecho⁷⁸.

Para entonces, ya había sido designado presidente-gobernador de la Audiencia de Guatemala (1570-1573), restablecida en la ciudad de Santiago por mandato de las disposiciones contenidas en dos sucesivas RR.PP., de 15 de enero y de 28 de junio de 1568, y una vez transcurrido el período de traslado de la Audiencia de los Confines a la ciudad de Panamá, entre 1564 y 1570, el doctor Antonio González, que lo fue en virtud de otra RP, de nombramiento, signada en Aranjuez

⁷⁶ AGI, Guatemala, leg. 9 A, ramos 26 y 27, núms. 110 y 116; AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 2, núm. 10; AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 1, ff. 342 v-343 r; AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, ff. 26 v-27 r, 45 v-48 r y 107 v-109 r; MCH, vol. I, núms. 291 y 293-294, pp. 513-515 y 517-521; y PASO Y TRONCOSO, Francisco del: *Epistolario de Nueva España, 1505-1818*, recopilado por..., 16 tomos, México, 1939-1942, t. X, núm. 580, pp. 167-169.

⁷⁷ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 3, núm. 14.

⁷⁸ AGI, Contratación, leg. 5792, lib. 1, ff. 61 r-62 v; AGI, Indiferente General, leg. 425, lib. 24, ff. 392 r-393 r; AGI, Indiferente General, leg. 426, lib. 28, f. 183 r y v; AGI, Patronato, leg. 292, ramo 25, núm. 3; MCH, vol. I, núm. 784, pp. 839 y 840; y SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 154, 472 y 480.

el 31 de mayo de 1568⁷⁹. De él nos habremos de ocupar, por extenso, a continuación. Su sucesor en el cargo, como presidente de la Audiencia de Guatemala, gobernador y capitán general de su distrito (1573-1578), el doctor Pedro de Villalobos (Guadalupe, c. 1520-Santiago de Guatemala, 10 de mayo de 1579), fue siempre consciente de que había sido elegido para desempeñar tales empleos porque se buscaba a alguien que pusiera orden en las rentas reales. Un ramo de gobierno, el hacendístico, en el que, bajo la presidencia de Antonio González, se habían producido toda clase de fraudes y negligencias. De origen igualmente extremeño, natural de la villa cacereña de Guadalupe, había ingresado en el Colegio de Santa María de Jesús de Sevilla en 1552. De allí pasaría a servir al rey en la plaza de oidor de la primera Audiencia de Tierra Firme o Panamá, por RP de nombramiento de 22 de marzo de 1539, ascendiendo, después, a la quinta de oidor de la Audiencia de México, entonces recientemente creada, según una RP de 9 de diciembre de 1556. Años más tarde llegaría la promoción a la presidencia de la Audiencia guatemalteca, formalizada a través de una RP más, de nombramiento, dada en Aranjuez a 30 de abril de 1572. Durante la visita general de la Nueva España, el licenciado Valderrama le puso setenta y dos cargos, pero, la sentencia del Consejo de Indias, dictada el 6 de febrero de 1572, sólo le condenó a una pena pecuniaria de 20 ducados⁸⁰. Por haber sido, precisamente, juez de cuentas del contador de la Nueva España, Martín de Irigoyen, el doctor Villalobos era una persona ducha en materia de hacienda, como se desprende de una muy pormenorizada carta de relación que escribió para el rey, y su Consejo de Indias, a los tres meses de su toma de posesión en Santiago de Guatemala, el 15 de mayo de 1573, haciendo balance del estado en el que había encontrado los asuntos del distrito audiencial. De notable importancia hay que calificar las medidas que adoptó, como fueron, entre otras, las de trasladar la caja de la hacienda regia a las casas reales, en la misma sede de la Audiencia, ocupando en ellas un aposento el tesorero, con lo que dejarían de estar las rentas y caudales del rey en casas particulares, situadas a las afueras de la ciudad, carentes de seguridad alguna; o la de disponer que la recaudación e inspección de los caudales procedentes de los derechos de almojarifazgo, correspondientes tanto a los puertos de la Mar del Norte como a los de la Mar del Sur, que acababa de implantar, tendrían lugar, cada cuatro meses, en la caja real de Santiago de Guatemala. Estas y otras medidas de ordenación y rigor fiscal fueron aprobadas por una posterior RC, extendida en Madrid, de 23 de marzo de 1574, y, en especial, todo lo relativo a la introducción del almojarifazgo, y a la periodicidad en la toma de cuentas⁸¹.

⁷⁹ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, ff. 403 v-405 r; y MCH, vol. I, núm. 334, pp. 580-582.

⁸⁰ AGI, Contratación, leg. 5537, lib. 1, ff. 223 v, 225 v y 226 r; AGI, Escribanía de Cámara, leg. 1180; AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 114 v-115 v; VÁZQUEZ, Fray F.: *Crónica de la Provincia del Santísimo Nombre de Jesús de Guatemala, de la Orden de Nuestro Seráfico Padre San Francisco en el Reino de la Nueva España*, t. I, pp. 216-223; SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 452, 467 y 473; y BARRIENTOS GRANDÓN, J.: «Estado Moderno y Judicatura Letrada en Indias. Colegiales del de Santa María de Jesús de Sevilla en plazas togadas», p. 284.

⁸¹ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 12, núm. 72; AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, ff. 16 v-18 v; y MCH, vol. I, núm. 299, pp. 525-528.

En su segunda carta a Felipe II, de 10 de octubre de 1573, el presidente Villalobos aludió, junto a los asuntos de gobierno temporal, también a aquellos de gobierno espiritual que habrían de ocuparle durante los años de su presidencia-gobernación. Suya fue la propuesta de erección del obispado de Guatemala en provincia metropolitana, con la concesión, como diócesis sufragáneas, de las de Chiapa, la Verapaz, Honduras y Nicaragua. Aunque justificaba su petición en la gran distancia que separaba a los fieles de dichas diócesis del arzobispado de México, lo cierto es que, hasta 1743, bajo el pontificado de Benedicto XIV, gracias a una bula de 16 de diciembre, que no obtuvo el pase regio en el Consejo de Indias hasta el 2 de junio de 1744, en las postrimerías del reinado de Felipe V, la sede episcopal guatemalteca no fue elevada a la categoría de arzobispado⁸². A través de posteriores misivas informativas, evacuadas y enviadas con la periodicidad requerida desde las instituciones de gobierno de la corte, se pueden conocer otros proyectos y realizaciones de aquellos años. Así, el doctor Villalobos impulsó decididamente el cultivo de las plantas tintóreas, como la *grana cochinitilla*, de la que se obtenía un tinte vegetal rojo, en beneficio de los indígenas. También reclamó que los mercaderes de su distrito tuviesen libertad para comerciar, directamente, con las islas Filipinas; y urgió a que uno de los últimos territorios inexplorados de aquellos parajes audienciales, situado entre las provincias de Honduras, Nicaragua y Costa Rica, conocido por la Taguzgalpa y la Togologalpa –después, la *Mosquitia* o *Costa de los* (indios) *Mosquitos*–, fuese sometido y poblado. Por último, hubo de ser Villalobos el encargado de poner en ejecución una RC de 7 de junio de 1576, que había ordenado la introducción de la alcabala, con un tipo de gravamen reducido al 2 por 100, en el distrito de la Audiencia de Guatemala⁸³. Al ser sustituido en la presidencia-gobernación (1578-1589) por el licenciado Diego García de Valverde, que lo era de la Audiencia de Quito, como consecuencia de una RP de nombramiento, expedida en San Lorenzo de El Escorial, de 13 de abril de 1577, el doctor Villalobos fue destinado, de conformidad con otra RP, de 23 de abril de 1577, a la presidencia de la Audiencia de la Plata de los Charcas. Aunque Schäfer afirma que declinó aceptar este nuevo empleo, lo cierto es que no ocurrió así. Pedro de Villalobos falleció en Santiago de Guatemala el 10 de mayo de 1579, siendo enterrado en el convento de San Francisco de esta ciudad, al que tanto había favorecido en vida. No pudo emprender, por tanto, el camino hacia la ciudad de La Plata, ni tomar posesión de su nuevo cargo. Hay que tener presente que su juicio de residencia, cuyos autos fueron declarados conclusos por el licenciado García de Valverde el 3 de febrero de 1579, le ocupó durante más de tres meses, aunque, también es verdad que ninguna

⁸² AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 12, núm. 74; AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, ff. 20 v-21 r; AGI, Patronato, leg. 182, ramo 46; MCH, vol. I, núm. 300, pp. 528-530; JUARROS, D.: *Compendio de la Historia del Reino de Guatemala, 1500-1800*, pp. 157 y 158; y ESTRADA MONROY, Agustín, *Datos para la Historia de la Iglesia en Guatemala*, tres tomos, Guatemala, 1972-1979, t. II, pp. 33-47.

⁸³ AGI, Guatemala, leg. 10, ramos 1 y 4, núms. 10 y 35; AGI, Guatemala, leg. 39, ramo 8, núm. 25; AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, ff. 45 v-46 r y 69 r-70 r; MCH, vol. I, núm. 305, pp. 536 y 537; y SARABIA VIEJO, M. J.: *La grana y el añil. Técnicas tintóreas en México y América Central*, Sevilla, 1994, pp. 15-32.

prisa tuvo para dirigirse hacia aquel destino, tan poco apetecible para él, puesto que, como se quejaba en una carta suscrita el 25 de marzo de 1579, no suponía ascenso alguno en su dilatada carrera, y sí su alejamiento en otro rincón del Nuevo Mundo, tras más de veinte años de servicios al rey por aquellas tierras del otro lado de la Mar Océana⁸⁴.

El presidente-gobernador, Diego García de Valverde, desembarcó en el puerto de El Realejo el 3 de octubre de 1578, procedente de la ciudad de San Francisco de Quito, de la que había partido el 9 de agosto de ese mismo año. Entró en Santiago de Guatemala, y tomó posesión de su plaza, el 28 de noviembre de 1578. Había nacido en la ciudad de Cáceres –otro extremeño, pues, en los *confines* guatemaltecos–, y comenzado su carrera burocrática en las Indias desde el empleo de fiscal de la Audiencia del Nuevo Reino de Granada, en el que permaneció durante casi ocho años desde su nombramiento, formalizado a través de una RP de 18 de diciembre de 1556. Destacó en él por su defensa de los indios y de los religiosos, frente a los abusos de los encomenderos, y de los mismos oidores, sus colegas, de la Audiencia neogranadina, integrada por los doctores Diego de Santiago del Riego y Juan Maldonado, y los licenciados Alonso de Grajeda y Melchor Pérez de Arteaga. El paso siguiente fue una plaza de oidor en la recién fundada, en 1563, Audiencia de Quito, que le fue conferida por una RP de 17 de mayo de 1564. Gracias a la protección, indudable, de su amigo, el licenciado Juan de Ovando, presidente del Consejo de Indias, fue promovido como oidor a la Audiencia Real de Lima, en 1572 (por RP de 1 de julio), un destino que no llegaría a desempeñar, puesto que, de inmediato, resultaría designado presidente de la misma Audiencia quiteña, en 1573. Ejercería la presidencia durante más de tres años, hasta que fue trasladado –Ovando había ya fallecido, el 8 de septiembre de 1575–, en 1577, a la lejana Audiencia de Guatemala⁸⁵. Ya en su sede, y capital, la ciudad de Santiago de los Caballeros, el licenciado Valverde remitió al Consejo de Indias, presidido por el sucesor de Ovando, el también licenciado Antonio de Padilla y Meneses, una de sus primeras cartas, de 20 de marzo de 1579, con la relación de su llegada. Ningún vecino había capitulado contra el doctor Villalobos, puesto que era un

⁸⁴ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 262 v-263 v; AGI, Indiferente General, leg. 524, lib. 1, ff. 131 v-132 v; MCH, vol. I, núms. 336 y 750, pp. 582 y 788-790; y SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 505.

⁸⁵ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 262 v-263 v; AGI, Guatemala, leg. 395, lib. 6, ff. 40 v-41 r; AGI, Patronato, leg. 192, ramo 68, núm. 1; AGI, Santa Fe, leg. 188, lib. 1, ff. 238 r, 290 r, 356 r y v, y 358 r-359 r; Biblioteca Francisco de Zabáburu (BZ), Altamira, carpeta 174, doc. 44; VÁZQUEZ, Fray F.: *Crónica de la Provincia del Santísimo Nombre de Jesús de Guatemala, de la Orden de Nuestro Seráfico Padre San Francisco en el Reino de la Nueva España*, t. I, pp. 244-252; SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 473, 480, 492, 503 y 511; EUGENIO MARTÍNEZ, María de los Ángeles: *Tributo y trabajo del indio en Nueva Granada. (De Jiménez de Quesada a Sande)*, Sevilla, 1977, pp. 63, 139-144 y 380-382; [ESCUELA DE SALAMANCA], *Carta Magna de los Indios. Fuentes constitucionales (1534-1609)*, vol. XXVII del *Corpus Hispanorum de Pace*, dirigido por Luciano Pereña, Madrid, 1988, pp. 163-166 y 259-263; ALTMAN, IDA, *Emigrants and Society: Extremadura and America in the Sixteenth Century*, Berkeley, University of California Press, 1989, p. 217; y LAVALLÉ, Bernard: *Quito y la crisis de la alcabala (1580-1600)*, Quito, 1997, pp. 66 y 72.

buen juez, aunque enfermo y tardo en el despacho de los negocios⁸⁶. En defensa de los indios de su jurisdicción, como siempre había procurado hacer, Valverde reclamaría, insistentemente –por ejemplo, en su relación de 24 de marzo de 1581–, que los costes de retasación de los tributos no recayesen sobre los pobres nativos. El salario y las costas de los jueces, y escribanos, comisionados para retasar tributos no tenían que ser pagados por los indígenas que habían solicitado la revisión de sus tasaciones, sino que deberían salir de sus tributos, en perjuicio de los encomenderos que los percibían, como castigo por no haberles importado percibir rentas injustamente elevadas. La reforma gregoriana del calendario fue implantada en el territorio jurisdiccional guatemalteco en 1584, durante el período, por tanto, de su presidencia-gobernación. Decretada por el papa Gregorio XIII en 1582, conforme a ella, debían ser descontados diez días en el mes de octubre de aquel año, de modo que la festividad de San Francisco de Asís pasó del 4 al 15 de octubre de 1582. Así se hizo, ese mismo año, en España y en Portugal, pero, tal disposición pontificia, autorizada por el poder real, tardó dos años en llegar a las Indias. La Audiencia de Guatemala dictó una providencia, el 4 de enero de 1584, mandando que el día 19 de enero fuese computado como el 29 de enero⁸⁷.

En cualquier caso, uno de los principales problemas que tuvo que afrontar Diego García de Valverde, como presidente-gobernador de Guatemala, fue el de defenderse de la expedición depredatoria del corsario inglés Francis Drake por las costas de la Mar del Sur. En los primeros días del mes de marzo de 1579. Drake navegaba frente a las costas de Panamá, tras haberse apoderado de un rico botín a lo largo del litoral chileno y peruano. En la isla del Caño, en Costa Rica, se hallaba el 20 de marzo, pasando, después, por delante del golfo de Nicoya el 27; y el 4 de abril de 1579 estaba enfrente de las costas guatemaltecas, en las proximidades del puerto de Acajutla. De sus medidas de defensa, y de persecución, tardías e infructuosas, a la postre, daría cuenta al Consejo de Indias el 4 de septiembre de 1579, cuando ya Drake había emprendido el retorno a Europa por los mares de la China y el cabo de Buena Esperanza. Había sido la primera vez que navíos que no llevaban izado el pabellón del rey de España surcaban las aguas del océano Pacífico, desde que éste, la Mar del Sur, fue descubierto, el 25 de septiembre de 1513, es decir, sesenta y cinco años antes, por Vasco Núñez de Balboa⁸⁸.

El licenciado Pedro Mallén de Rueda (Palma del Río, 1539-Granada, VIII-1603), oidor de la Chancillería de Granada desde 1584 (por RP de nombramiento, de 11 de diciembre), fue designado presidente-gobernador y visitador de la

⁸⁶ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 6, núms. 55 y 56; AGI, Guatemala, leg. 395, lib. 6, ff. 40 v-41 r; y MCH, vol. I, núm. 416, p. 622.

⁸⁷ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 8, núm. 83; AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, f. 116 v; y MCH, vol. I, núm. 118, pp. 297-298.

⁸⁸ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 6, núms. 61, 62, 64 y 67; AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 7, núm. 75; AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, ff. 89 v-90 r; PERALTA, M. M. de: *Costa Rica, Nicaragua y Panamá en el siglo XVI*, pp. 569-590; y MARTÍNEZ, José Luis: *Pasajeros de Indias. Viajes trasatlánticos en el siglo XVI*, México, reedic. de 1999 (1.ª ed., Madrid, 1983), pp. 117-132.

Audiencia Real de Guatemala (1589-1594) en 1587, en virtud de sendas RR.PP., expedidas en El Escorial, de 22 y 26 de septiembre de dicho año. Nacido en la villa de Palma del Río, en el Reino de Córdoba, en 1539, hijo de Bartolomé Mallén y de Florinda de Córdoba, vecinos de la villa, estudió en las Universidades de Sevilla y de Valladolid. Ingresó en el Colegio de Santa María de Jesús de Sevilla en 1562, graduándose de bachiller y de licenciado en Cánones en la Universidad hispalense, en la que regentaría las cátedras de Instituta, de Código y de Vísperas de Cánones. Con posterioridad, el 23 de noviembre de 1572, entraría, con una beca de Leyes, en el Colegio Mayor de Santa Cruz de Valladolid. En la Universidad vallisoletana desempeñaría, asimismo, las cátedras de Código, desde enero de 1576, y de Digesto Viejo desde el 2 de marzo de 1577. Antes de ser nombrado oidor de la Chancillería granadina, actuó como gobernador del obispado de Ávila, desde el mes de julio de 1579, ingresando en el monasterio de La Merced en diciembre de 1582⁸⁹. Llegó Pedro Mallén de Rueda a Santiago de Guatemala, y tomó posesión de sus cargos, de presidente, gobernador y capitán general, y de visitador, el 21 de julio de 1589. Acto seguido, en los primeros días del mes de agosto de 1589, comenzó la visita de la Audiencia, de su presidente, oidores, fiscal, alguacil mayor, escribanos, relatores, receptores, abogados de pobres, procuradores, etc. El mismo día en que el licenciado Mallén de Rueda era designado presidente, otra RP, de 22 de septiembre de 1587, nombraba a Diego García de Valverde presidente de la Audiencia de Guadalajara o de la Nueva Galicia. Pero, no se trataba más que de una elección cuasi honoraria. La Audiencia novogalaica no constituía, ni mucho menos, un ascenso para un magistrado de tan amplia trayectoria como era la suya. Así se entendía en el Consejo de Indias, y no fue casi necesario que Valverde rehusase aceptar el nuevo empleo, como indica Schäfer. Fue una RC, despachada en Madrid el 4 de febrero de 1588, la que ordenó a los oficiales de la real hacienda de la caja de Guatemala que, si Valverde no aceptaba su *promoción* a la presidencia de la Nueva Galicia, le abonasen, durante un año, como merced regia, su salario de presidente-gobernador de Guatemala, desde que dejase de servir este cargo. Mas, Diego García de Valverde fallecería, en Santiago de Guatemala, el 16 de septiembre de 1589, siendo igualmente enterrado, como su predecesor, el doctor Villalobos, en la iglesia de San Francisco. Esto es, apenas un mes y tres semanas después de haber cesado como presidente de la Audiencia guatemalteca, por lo que no tuvo tiempo siquiera de percibir la merced real de ese año de salario⁹⁰.

⁸⁹ AGI, Guatemala, leg. 395, lib. 6, ff. 227 v-228 v; MCH, vol. I, núms. 337 y 797, pp. 582-584 y 858-859; ALCOCER Y MARTÍNEZ, Mariano: *Historia de la Universidad de Valladolid. Expedientes de provisiones de cátedras*, Valladolid, 1921, pp. 167, 201 y 380; RUIZ RODRÍGUEZ, Antonio Ángel: *La Real Chancillería de Granada en el siglo XVI*, Granada, 1987, p. 121; GAN GIMÉNEZ, Pedro: *La Real Chancillería de Granada (1505-1834)*, Granada, 1988, pp. 147 y 273; y SOBALER SECO, María de los Ángeles: *Catálogo de Colegiales del Colegio Mayor de Santa Cruz de Valladolid (1484-1786)*, Valladolid, 2000, núm. 260, pp. 136-137.

⁹⁰ AGI, Escribanía de Cámara, leg. 371 A; AGI, Guatemala, leg. 395, lib. 6, f. 243 r y v; AGI, Indiferente General, leg. 111, núm. 194; MCH, vol. I, núm. 350, pp. 591-592; y SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 473 y 492.

Por conducto de una consulta de 16 de septiembre de 1585, el Consejo de Indias, presidido por el licenciado Hernando de Vega, había propuesto a Felipe II, lo que reiteró en otra posterior, de 12 de junio de 1586, que la Audiencia de Guatemala fuese visitada. Había muchas querellas, informaciones y relaciones contra su presidente García de Valverde en el Consejo, presentadas por diversas personas (clérigos, religiosos, seculares), y algunas muy graves, entre ellas, la de que trataba, contratava y hacía granjerías en su personal beneficio. El resultado fue la resolución regia de designar a Mallén de Rueda como presidente y visitador, según se ha visto. Como respuesta a su carta de 6 de abril de 1590, en la que daba cuenta de su entrada en el distrito audiential que tenía que visitar, y presidir y gobernar, una RC, librada en El Escorial, de 3 de julio de 1591, hubo de recriminar a Mallén por haber nombrado un fiscal, un alguacil y un portero para la visita, y ordenarle que suprimiese toda clase de oficios, y gastos, superfluos. Se le encargó, además, que quitase el escudo de armas del licenciado Valverde, que los religiosos franciscanos habían colocado, junto a las armas reales, en la iglesia que habían reconstruido en la Ciudad Vieja, como era conocido el asiento primitivo de Santiago de Guatemala, en el valle de Almolonga, destruido por la inundación de 1541. Y se le reprochó, así mismo –en lo que constituía un mal muy extendido entre los oficiales indianos, en general, y entre los presidentes de la Audiencia guatemalteca, en particular–, que, por muerte del tesorero de la caja de Nicaragua, Juan Moreno Álvarez de Toledo, hubiese nombrado como tesorero sustituto e interino a un pariente suyo, Pedro de Rueda⁹¹. En una nueva misiva, de 30 de abril de 1591, Mallén de Rueda comunicó ciertos datos sobre el estado de la visita, que marchaba despacio porque había muchos negocios, de justicia y de gobierno, «represados». Iba al Consejo de Indias, en grado de apelación, una demanda pública contra Sancho de Barahona, vecino y rico encomendero de Santiago de Guatemala, ya sentenciada. Por la información secreta de la visita constaba que el licenciado Eugenio de Salazar, antiguo fiscal de la Audiencia de Guatemala, había acusado a Barahona de negligencia en la persecución de unos corsarios en la Mar del Norte por influencia del ex-presidente García de Valverde, que era enemigo del encomendero. Y también para defender al principal culpado, que era el entonces gobernador de Honduras, Alonso de Contreras Guevara, deudo de la esposa de Salazar, y a quien le había proporcionado dinero durante la tramitación del pleito⁹². De Eugenio de Salazar también habremos de ocuparnos, con detalle de noticias, más adelante.

Para el sostenimiento de la proyectada *Armada de la Mar Océana*, que habría de permitir la defensa de los vecinos y mercaderes del Nuevo Mundo de los ataques corsarios, principalmente en la Carrera de las Indias, fechadas en El Pardo, el 1 de marzo de 1591, fueron remitidas a los diferentes virreyes y presidentes de las Audiencias indianas unas instrucciones sobre los medios que tendrían que poner en marcha para allegar nuevas, y más cuantiosas, rentas. La que

⁹¹ AGI, Escribanía de Cámara, leg. 371 B; AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, ff. 134 v-137 v; BZ, Altamira, carpeta 167, grupo documental 17, docs. núms. 29 y 30; y MCH, vol. I, núms. 309 y 803, pp. 541-544 y 866.

⁹² AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 18, núm. 146.

se envió al licenciado Mallén de Rueda incluía previsiones sobre los siguientes ramos fiscales: la alcabala, el servicio de los indios, las salinas, la composición de tierras, la composición de extranjeros y la venta de oficios. La alcabala tenía que ser recaudada, efectivamente, en el distrito de la Audiencia de Guatemala y por primera vez, desde el 1 de enero de 1592. Excepto en la provincia de Costa Rica, se introdujo también el llamado *servicio del tostón* de los indios, puesto que cada cabeza de familia tenía que entregar, al año, un tostón para la hacienda real⁹³. Las salinas que hubiere tenían que ser incorporadas a la corona, y luego arrendadas, o dadas en administración. Los poseedores de tierras, chacaras, estancias de ganado y caballerías que no tuviesen título legítimo de propiedad podrían legalizar su situación, pagando una cantidad de dinero —o *composición*— a la hacienda del rey. Lo mismo sucedería en el caso de los extranjeros, cuya residencia en las Indias estaba prohibida, pero que, en muchos casos, eran ricos mercaderes o artesanos, ya casados y asentados en las ciudades, villas y puertos del Nuevo Mundo. Igualmente se autorizó, por aquel tiempo, la venta de algunos oficios de regidor, alférez y alguacil mayor de los cabildos municipales indianos. Ahora bien, con el transcurso de los meses, y aun de los años, fue quedando patentemente de manifiesto que no era Mallén de Rueda un ministro del rey particularmente diligente, puesto que se mostraba incapaz, tanto de concluir la visita que tenía encomendada, como de atajar las discordias que mantenían con él, en la Audiencia, los oidores (licenciados Diego Zarfate y Álvaro Gómez de Abaunza) y el fiscal (licenciado Tomás Espinosa de la Plaza). Y ello a pesar de que, en su carta de 8 de febrero de 1592, Mallén justificaba su retraso, de más de dos años, en las tareas que tenía que desempeñar, acumuladas, de presidente y gobernador general del distrito audiencial de Guatemala, y también de visitador de las cajas reales de Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Guatemala. De nada sirvieron las excusas, puesto que dos RR.CC., expedidas en El Escorial, de 3 de julio de 1591, ya le habían conminado a que concluyese la visita con toda brevedad, sin sobrepasar el plazo previsto de tres años, contado desde el día en que se había hecho a la vela desde el puerto de Sanlúcar de Barrameda, para ir a tomar posesión de su cargo de visitador. Cierto es que hay que apuntar en el haber personal de Mallén de Rueda la construcción de un importante puente, sobre el caudaloso río de los Esclavos, en el corregimiento de Guazacapán, que se comenzó a levantar el 17 de febrero de 1592, y se finalizó a finales de ese mismo año⁹⁴.

A la vista de su escasa, nula mejor dicho, diligencia como visitador, el Consejo de Indias consultó a Felipe II, el 25 de septiembre de 1593, la conveniencia de proveer un nuevo presidente-gobernador y visitador para la Audiencia guatemalteca. El elegido, que lo sería durante el período comprendido entre 1594 y

⁹³ Sobre el *tostón* o *real de a cuatro*, es decir, una moneda de plata con valor de cuatro reales, *vid.* CÉSPEDES DEL CASTILLO, Guillermo: *Las Cecas Indianas en 1536-1825*, en ANES Y ÁLVAREZ DE CASTRILLÓN, Gonzalo y CÉSPEDES DEL CASTILLO, Guillermo (dirs.): *Las Casas de Moneda en los Reinos de Indias*, 3 vols., Madrid, 1996, vol. I, pp. 31-54 y 205-245.

⁹⁴ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 19, núm. 147; AGI, Indiferente General, leg. 433, lib. 2, ff. 61 v-65 v; MCH, vol. I, núms. 310 y 808-809, pp. 544-552 y 870-872; y FUENTES Y GUZMÁN, F. A. de: *Recordación Florida*, t. II, lib. III, cap. VI, pp. 88-91.

1596, fue el doctor Francisco de Sande (Cáceres, c. 1540-Santa Fe de Bogotá, c. 22 de septiembre de 1603), oidor de la Audiencia de México, por medio de una RP, igualmente extendida en El Escorial, de 3 de noviembre de 1593. Otra RP, con la misma data, le comisionó para visitar a Mallén de Rueda como presidente-gobernador de la Audiencia y distrito de Guatemala, y para proseguir y concluir la visita que éste, a su vez, había incoado años atrás⁹⁵. El doctor Sande llegó a Santiago de Guatemala, y entró en posesión de sus cargos y comisiones, el 3 de agosto de 1594. Tres semanas después, el 26 de agosto, hizo pregonar la visita que le había sido encomendada, que era continuación, como queda indicado, de la iniciada por su antecesor. Finalizó Francisco de Sande la suya en el término prefijado de cuatro meses, y, en una carta de 18 de febrero de 1595, comunicó al Consejo de Indias que se la confiaría a su hermano, fray Martín de Sande, guardián de la Orden de San Francisco, que tenía que viajar a la Península. La sentencia de la visita efectuada por Sande a Mallén de Rueda no fue dictada por el Consejo de Indias, en la villa y corte de Madrid, hasta el 1 de septiembre de 1599. Como consecuencia de los 119 cargos formulados contra él por su sucesor, el licenciado Pedro Mallén de Rueda resultó condenado a la pena de privación de todo oficio de presidente y de gobernador en las Indias durante seis años, además de serle impuestas varias multas pecuniarias. Poco tiempo después, Mallén fallecería en la ciudad de Granada, en el mes de agosto de 1603, como regente electo de la Audiencia Real de Sevilla. Desde 1602, era decano u oidor más antiguo de la Chancillería de Granada, a la que se había reincorporado en 1597⁹⁶.

Siendo el doctor Francisco de Sande otro extremeño, natural de la ciudad de Cáceres, donde había nacido hacia 1540, estudió en la Facultad de Cánones de la Universidad de Salamanca durante los cursos de 1557-1558 a 1559-1560, alcanzando este último año el grado de bachiller. Fue colegial del Mayor de San Bartolomé, donde coincidió con Juan de Ovando, el futuro presidente del Consejo de las Indias entre 1571 y 1575. En 1562, ingresó Sande en el Colegio de Santa María de Jesús de Sevilla, y en la Universidad hispalense obtendría los grados de licenciado y de doctor en Cánones. Era hijo de Pedro de Sande, natural de Villafáfila, y de Francisca Picón, nacida en Cáceres. Se casaría con Ana de Mesa y Jiménez, nacida en Valdemoro en 1571, que moriría en Madrid, en 1627. De sus hijos, Francisco, Fernando, Pedro, Alonso, Francisca, Ana María y Luisa de Sande y Mesa, el primogénito y la menor, Francisco y Luisa, pasaron con su padre a Guatemala, en 1594. Nombrado el doctor Francisco de Sande fiscal de la Audiencia de México en 1565, por RP de 20 de abril, no se embarcó para la Nueva España hasta mediados de 1567. Nada más llegar a su destino, tuvo que intervenir, de inmediato, entre 1567 y 1568, en las causas y procesos suscitados como consecuencia de la conjura y rebelión de Martín Cortés, el ya más arriba mencionado II Marqués del Valle. Pronto sería ascendido a alcalde del crimen de la misma Audiencia novohispana, gracias a una RP de nombramiento, de 19

⁹⁵ AGI, Escribanía de Cámara, leg. 371 B; AGI, Guatemala, leg. 395, lib. 6, ff. 348 r-349 v; AGI, Indiferente General, leg. 742, núm. 105; y MCH, vol. I, núms. 338 y 798, pp. 584 y 859-861.

⁹⁶ AGI, Escribanía de Cámara, leg. 1180; y AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 22, núm. 157.

de junio de 1568. En 1570, el virrey Martín Enríquez de Almansa le eligió como lugarteniente suyo, para dirigir la guerra contra los chichimecas, los feroces e indomables indios del norte del virreinato, que se resistían tenazmente a ser sometidos. Durante seis meses, Sande dirigió las operaciones de conquista sobre el terreno, mostrando buenas dotes militares. Llegó a fundar, el 12 de octubre de 1570, la villa de Nuestra Señora de la Concepción de Celaya, en el valle de San Francisco⁹⁷. En 1572, en virtud de una RP de 30 de abril, fue ascendido a la categoría de oidor de la Audiencia de México; y, en 1574, por otra RP, de 6 de abril, nombrado gobernador y capitán general de las islas del Poniente o islas Filipinas. Era el primer gobernador en propiedad de aquellas latitudes, sin contar al descubridor y adelantado, Miguel López de Legazpi. Cumplido su cometido pacificador, Sande fue sustituido por otro gobernador, Gonzalo Ronquillo de Peñalosa, alguacil mayor de la Audiencia de la Nueva España, designado para tal cargo mediante una RP de 12 de agosto de 1578. Partió el doctor Sande de Manila el 29 de junio de 1580, y arribó al puerto de Acapulco el 27 de diciembre de ese mismo año. Reincorporado al desempeño de su plaza de oidor de México, la recompensa de sus servicios como gobernador de las Filipinas se retrasó varios años, como consecuencia de las acusaciones que le fueron formuladas de mantener tratos, contratos y negociaciones ilícitas (un cargamento de *grana cochinita* de su propiedad le fue requisado, en 1584, en el puerto de Veracruz) dentro de los límites de su territorio audiencial⁹⁸.

El Consejo de Indias no incluyó, en primer lugar, el nombre de Francisco de Sande en la cuaterna de candidatos para ocupar la presidencia de la Audiencia de Guatemala, recogida en una consulta de 11 de octubre de 1593, hasta que el doctor Pedro Moya de Contreras, arzobispo de México y virrey interino de la Nueva España, no le absolvió de las imputaciones relacionadas con el asunto de la grana, en su visita a la Audiencia. De este modo, por fin pudo ser nombrado presidente y gobernador general de la circunscripción audiencial de Guatemala mediante la mencionada RP, despachada en El Escorial, de 3 de noviembre de 1593, para el primer cargo, y por medio de otra RP, fechada en El Pardo, de 10 de

⁹⁷ Biblioteca Nacional (BN) de Madrid, Manuscritos (Mss.), 19.692, ff. 51 r-68 v; y POWELL, Philip Wayne: *La Guerra Chichimeca (1550-1600)*, México, reedic. de 1996 (1.ª ed. en inglés, 1975; 1.ª ed. en castellano, 1977), pp. 115-128 y 159-160.

⁹⁸ AGI, Contratación, leg. 5247, ramo 76, núm. 2; AGI, Contratación, leg. 5538, lib. 3, f. 270 r; AGI, Patronato, leg. 24, ramo 47; Instituto de Valencia de Don Juan (IVDJ) de Madrid, envío 88, núm. 546; SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 114, 452, 459, 463, 473 y 534; HURTADO, Publio, *Indianos cacereños. Notas biográficas de los hijos de la Alta Extremadura que sirvieron en América el primer siglo de su conquista*, Barcelona, 1892, pp. 87-88; PASTELLS, Pablo: *Historia General de Filipinas*, en TORRES Y LANZAS, Pedro: *Catálogo de los documentos relativos a las Islas Filipinas existentes en el Archivo de Indias de Sevilla*, 5 tomos, Barcelona, 1926, t. II, pp. IX-CCCL, en concreto, pp. LXXXVII-CVII; MIRAMÓN, Alberto: *El Doctor Sangre*, Bogotá, 1954, pp. 33-198; GARCÍA-ABÁSOLO, Antonio F.: *Martín Enríquez y la reforma de 1568 en Nueva España*, Sevilla, 1983, pp. 23, 31-33, 35, 48-65 y 357; *Catálogo de pasajeros a Indias durante los siglos XVI, XVII y XVIII*, vol. VII. (1586-1599), Madrid, 1986, núm. 3454, p. 499; MORGÁ, Antonio de: *Sucesos de las Islas Filipinas*, Madrid, 1997 (1.ª ed., México, 1609), pp. 47-67; y GARCÍA FUENTES, Lutgardo: *Los peruleros y el comercio de Sevilla con las Indias, 1580-1630*, Sevilla, 1997, pp. 140, 182 y 197.

noviembre de 1593, para el segundo⁹⁹. Hay que decir, ante todo, que al doctor Sande, durante los dos años en que permaneció en el cargo, los proyectos militares le absorbieron casi todas sus energías. La conveniencia de nombrar presidentes de *capa y espada*, esto es, militares de profesión, y no simples *togados* o letrados, dada la situación geográfica y los problemas preferentes del distrito de la Audiencia guatemalteca, se iba haciendo cada vez más patente. Como lo comprobaría el hecho del nombramiento, tras el doctor Alonso Criado de Castilla, el último de los presidentes (y de los presidentes *togados*) de la Audiencia radicada en Santiago de Guatemala en el siglo XVI, entre 1598 y 1611, de su primer presidente de *capa y espada*, Antonio Peraza de Ayala, Castilla y Rojas, conde de la Gomera, ya en el XVII, que como tal actuaría en el distrito centroamericano hasta 1626. Del doctor Criado de Castilla, consejero supernumerario de Indias, habrá ocasión de hablar, con cierto detenimiento, más adelante. Ahora interesa destacar que el doctor Sande, en una de sus primeras misivas informativas a la corte, de 18 de febrero de 1595, denunciaba, alarmado, la inerme situación de los puertos hondureños de Trujillo y de Puerto de Caballos, que se hallaban a merced de todo, y de cualquier, ataque de los corsarios. El problema era que no existía resguardo posible en la costa y bahía, tan abierta, de Puerto de Caballos, donde había mucha *broma* (un molusco marino que carcomía, con sus valvas, los cascos de los navíos), y escasa profundidad en las aguas. Y el nuevo puerto que se decía haber encontrado, el de Amatique (la Punta de Manavique), en el Golfo Dulce, todavía no había podido ser reconocido¹⁰⁰. Lo sería por su sucesor, el presidente-gobernador Criado de Castilla. En una carta posterior, de 21 de septiembre de 1595, Sande se detuvo en analizar las causas de la despoblación y de la indefensión de la costa de la Mar del Norte. Era aquella, la hondureña, una *tierra caliente* (de clima cálido o tropical), donde no había indios de servicio, por lo que el comercio –la *contratación*– se había desplazado hacia el Golfo Dulce, y la caja y los oficiales de la real hacienda hacia el interior, a la ciudad de Comayagua. En la de San Pedro de Puerto de Caballos (San Pedro Sula) no residían más de ocho vecinos, por lo que, en sesenta leguas a la redonda, no había pueblo de españoles alguno que acudiese a defender Puerto de Caballos. De ahí los robos y asaltos perpetrados por los corsarios franceses e ingleses, que, en las postrimerías de la decimoquinta centuria, se habían convertido en uno de los problemas más acuciantes para el gobierno de aquellas tierras centroamericanas. De momento, Sande –como muestra de las medidas adoptadas, por entonces, para hacer frente al mismo– ordenó que se alistasen cuarenta vecinos españoles de la provincia de Guatemala, para que, junto con treinta negros y mulatos libres, y cuarenta soldados, fuesen a defender la provincia de Honduras, al mando de un oidor, el licenciado Gómez de Abaunza. Con ellos fueron dos religiosos de la Orden Seráfica, con objeto de adoctrinar a los muchos indios alzados que había por aquellas

⁹⁹ Archivo General de Centro América (AGCA) en la Ciudad de Guatemala, A1.23, leg. 4575, f. 440 v.

¹⁰⁰ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 22, núm. 157; AGI, Guatemala, leg. 395, lib. 6, ff. 348 r-349 v; AGI, Indiferente General, leg. 742, núm. 107; y MCH, vol. I, núms. 338 y 418, pp. 584 y 623.

comarcas. Para sostener estas medidas defensivas, Sande propuso el nombramiento de capitanes de guerra en la ciudad de Trujillo y en la villa de Puerto de Caballos, encargados de tener alistados a los vecinos negros y mulatos, que eran, junto con los marineros de las naos allí anclados, muchas veces, los únicos defensores. Muy poco éxito tuvo el presidente-gobernador Sande, también, a la hora de pacificar la provincia de la Taguzgalpa, pese a que se creía que en ella había mucho oro¹⁰¹. Lo cierto es que nunca la Mosquitia, o Costa de Mosquitos, pudo ser poblada y dominada por los españoles.

La carrera de Francisco de Sande, tras su detención o congelación en la plaza de oidor de la Audiencia de México, a consecuencia de la visita y del descubrimiento del mentado cargamento de grana cochinilla, volvió a relanzarse con su paso por la de Guatemala. Contaba, otra vez, con la confianza del monarca, y, sobre todo, del Consejo de Indias, lo que explica que fuese consultado, el 6 de febrero de 1596, para la presidencia vacante de la Audiencia del Nuevo Reino de Granada. A la postre, resultaría electo, a través de una RP de nombramiento de 25 de abril de 1596¹⁰². Partió de Santiago de Guatemala, en dirección a la ciudad de Santa Fe de Bogotá, el 6 de noviembre de 1596. Una semana después, el 15 de noviembre, se hizo a la vela, rumbo al puerto de Guayaquil. Desembarcó en el de Cartagena, sin embargo, tras una serie de temporales que le impidieron cumplir su primer propósito de viaje, el 6 de mayo de 1597; y entró solemnemente en la ciudad de Santa Fe, donde tomó posesión de sus nuevos empleos, el 28 de agosto de 1597. Luego, entre otros cometidos, se dedicó a residenciar a su predecesor en la presidencia del Nuevo Reino, el doctor Antonio González, quien, curiosamente, como se verá a continuación con mayor detalle, y ya se ha indicado, también le había antecedido en el cargo de presidente-gobernador en las tierras de Guatemala. En Santa Fe de Bogotá, en una fecha comprendida entre el 13 y el 22 de septiembre de 1603, moriría Francisco de Sande, cuyo severo carácter y gobierno le valieron el apodo, en el Reino de Nueva Granada, bien gráfico y expresivo, de *Doctor Sangre*, siendo enterrado en la iglesia del convento de la Orden de San Agustín¹⁰³. Mientras tanto, durante su ausencia, los cabildos seculares de las ciudades de León (por carta de 20 de julio de 1597) y de Granada de Nicaragua (en carta de 12 de junio de 1597), de la villa de El Realejo (de 11 de julio de 1597), de la ciudad de Valladolid del valle de Comayagua en Honduras (de 12 de noviembre de 1596), y el cabildo eclesiástico de la iglesia catedral de León de Nicaragua (de 15 de junio de 1597), escribían a Felipe II, y a su Consejo de las Indias, ensalzando las virtudes y capacidad del oidor decano, el ya mencionado licenciado Álvaro Gómez de Abaunza, que desempeñaba la presidencia interina

¹⁰¹ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 22, núm. 164.

¹⁰² AGCA, A1.23, leg. 4575, f. 451 r.

¹⁰³ En general, para este período de la Audiencia neogranadina, pueden ser consultados, junto con el ya citado MIRAMÓN, A.: *El Doctor Sangre*, Bogotá, 1954, los siguientes títulos: RESTREPO TIRADO, Ernesto: *La herencia del Presidente Francisco de Sande*, Bogotá, 1942; y ARIAS ARGÁEZ, Daniel: *Presidencias de Don Antonio González y de Don Francisco de Sande*, en el *Curso Superior de Historia de Colombia, 1492-1600*, t. V, Bogotá, 1951, pp. 125 y ss. Además de FORERO DURÁN, Luis: *El Doctor Francisco de Sande en Filipinas*, Bogotá, 1951.

de la Audiencia, y que en ella se mantuvo desde el 6 de noviembre de 1596 hasta el 19 de septiembre de 1598, día de la toma de posesión del doctor Criado de Castilla¹⁰⁴. Porque fue él, y no el licenciado Abaunza, el designado para ocupar la presidencia-gobernación vacante de la Audiencia de Guatemala, como se ha indicado, por Felipe II, en resolución a una consulta del Consejo de Indias, de 30 de mayo de 1596, y posterior título de nombramiento, despachado tres semanas después, en forma de RP, expedida en Toledo, de 20 de junio de 1596¹⁰⁵.

2. EL DOCTOR ANTONIO GONZÁLEZ, PRIMER CONSEJERO DE INDIAS DE *LOS CONFINES DE GUATEMALA Y NICARAGUA*: LA EXPERIENCIA RECOMPENSADA DE UN RICO LETRADO INDIANO

«Yten mando se bea qué hacienda queda en linpio, porque si quedaren, como a mi parecer quedarán, más de tres mill ducados de renta, que se podrán hazer mui bien de ella se guarde lo dispuesto en este mi testamento».

(AHP, Protocolo 2109, ff. 1065 v-1066 r)

Fue el doctor Antonio González, en efecto, el primer ministro togado de la Audiencia centroamericana en el siglo XVI, y, por ende, de toda su historia, tanto de los Confines, entre 1544 y 1564, como de Guatemala desde 1570, en alcanzar la plaza, y máxima categoría en la carrera de los honores del Nuevo Mundo, de consejero del Real y Supremo de las Indias, en 1584. Pero, es más, el doctor González, antiguo colegial en el Mayor de Oviedo de Salamanca, fue el único letrado que, durante el quinientos, ascendió directamente desde una presidencia de Audiencia indiana a una plaza togada en el Consejo de las Indias, siguiendo una línea de ascensos singular y única, como se verá. Distinto, y no comparable, es el caso del licenciado Sebastián Ramírez de Fuenleal, obispo de Santo Domingo y presidente de la Audiencia de La Española entre 1527 y 1530, luego trasladado a la presidencia de la Audiencia Real de la Nueva España, hasta que, en 1538, regresó a Castilla como presidente de la Chancillería de Granada, después promovido a los obispados de Tuy y de León, y, en 1539, destinado a la presidencia de la Real Chancillería de Valladolid. Por lo tanto, aunque Ramírez de Fuenleal contaba con una indiscutible experiencia indiana cuando, en 1543, pasó al Consejo de Indias, lo cierto es que, como ha puesto de relieve Javier Barrientos, su promoción no fue directa, como en el caso del doctor González, desde la presidencia de una Audiencia americana. Fue ya en el siglo XVII cuando, como ha estudiado este mismo autor, fueron configurándose las presidencias audienciales del Nuevo

¹⁰⁴ AGI, Guatemala, leg. 43; AGI, Guatemala, leg. 44; AGI, Santa Fe, leg. 1, núm. 131; *Cartas de Cabildos hispanoamericanos. Audiencia de Guatemala*, t. II, núms. 478 y 519, pp. 261 y 282; y EUGENIO MARTÍNEZ, M. A.: *Tributo y trabajo del indio en Nueva Granada. (De Jiménez de Quesada a Sande)*, pp. 95 y 111.

¹⁰⁵ AGCA, A1.23, leg. 4575, f. 458 r. Además de AGI, Guatemala, leg. 395, lib. 6, f. 405 r y v; AGI, Indiferente General, leg. 743, núm. 251; y MCH, vol. I, núm. 339, pp. 584-585.

Mundo, desde los años iniciales del reinado de Felipe III, como plazas inmediatamente anteriores a las de consejeros de Indias, aunque su número resultó tan escaso que no es posible afirmar, desde luego, que representasen, en la práctica, y propiamente dicha, una escala relevante en el acceso al Consejo de Indias¹⁰⁶. Y ello porque sólo tres letrados se hallaron, en tal caso, durante el siglo XVII: el primero, el doctor Alonso Maldonado de Torres, promovido a dicho Real Consejo en 1604, desde la presidencia letrada de la Audiencia de Charcas; el segundo presidente letrado que, en el XVII, pasó al Consejo de Indias, siguiendo los pasos de su predecesor, el doctor Antonio González, fue, precisamente, el giennense Alonso Criado de Castilla, al ser agraciado, en 1608, por consulta de la Cámara de Indias de 11 de febrero de 1608, y RP, despachada en Valladolid, de 2 de agosto de 1608, con una plaza supernumeraria, que no llegó a jurar, al sorprenderle la muerte en Santiago de Guatemala¹⁰⁷, como se tendrá oportunidad de recordar; y, el tercero, y último, fue el guipuzcoano Martín de Arriola Balerdi, presidente de la Audiencia de Quito, premiado, de forma similar, en 1653, con una futura de consejero togado, que tampoco llegó a hacer efectiva por fallecimiento.

Nacido en Castilla la Vieja, en tierras segovianas de la villa de Pedraza de Campos, hacia el año 1530, el doctor Antonio González era hijo de Toribio González y de María González¹⁰⁸. Estudió leyes y cánones en la Universidad de Salamanca, y en ella alcanzó el grado de doctor siendo colegial del Mayor de San Salvador de Oviedo¹⁰⁹. Según consta en su testamento cerrado, que figura transcrito en el *Apéndice documental I*, protocolizado, ante Juan Calvo Escudero, escribano público y del número de la villa de Valladolid, el día anterior a su fallecimiento, el 8 de julio de 1602¹¹⁰, estuvo casado dos veces. En primeras nupcias, con Francisca del Palacio. Fruto de esta unión matrimonial fueron dos hijos, legít-

¹⁰⁶ BARRIENTOS GRANDÓN, J., *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «De *Jurisdictio Animata*» en *el Nuevo Mundo*, t. I, pp. 316-317; y núm. 458, p. 573 y nota núm. 599.

¹⁰⁷ AGI, Guatemala, leg. 1; y Archivo Histórico Nacional (AHN) de Madrid, Consejos, lib. 724, ff. 43 v y 111 v.

¹⁰⁸ AGI, Contratación, leg. 5537, lib. 3, f. 346 v.

¹⁰⁹ RUIZ DE VERGARA, FRANCISCO y ROXAS Y CONTRERAS, Joseph: *Historia del Colegio de San Bartholomé, Mayor de la célebre Universidad de Salamanca. Vida del Excelentísimo y Reverendísimo Señor Don Diego de Anaya Maldonado, Arzobispo de Sevilla, su fundador, y noticia de sus ilustres hijos, escrita por el Ilustrísimo Señor Don Francisco Ruiz de Vergara y Álava. Correjada y aumentada en esta segunda edición por Don Joseph de Roxas y Contreras, Marqués de Alventos*, Madrid, 1766, t. I, f. 58 r.

¹¹⁰ El testamento era, y sigue siendo, por supuesto, el «testimonio de la voluntad del ome», en el que «se encierra, e se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo faze, estableciendo en él su heredero, e departiendo lo suyo en aquella manera, que él tiene por bien que finque lo suyo, después de su muerte» (*Partidas*, VI, 1, 1). Pero, mientras que el testamento *abierto* (o *nuncupativo*) debía ser otorgado ante escribano público y tres testigos vecinos del lugar, o cinco si no hubiese escribano (*Nueva Recopilación*, V, 4, 1), en cambio, el *cerrado* (o *in scriptis*) era el hecho «en poridad», de forma que «non sepan ninguno de los testigos lo que es escrito en él» (*Partidas*, VI, 1, 2). En este segundo caso, la última voluntad testamentaria era entregada al escribano público, firmada exteriormente del testador y de siete testigos, con la fe añadida del escribano. Así estaba dispuesto en la *Nueva Recopilación*, V, 4, ley 2, recogiendo el tenor del capítulo 3 de las *Leyes de Toro* de 1505, con sus requisitos y formalidades testificales expresas: «Mandamos que intervengan, a lo menos, siete testigos con un escrivano, los cuales ayan de firmar encima de

timos y de legítimo matrimonio, llamados Antonio y María González y del Palacio. Y, en segundas nupcias, con Catalina de Gálvez y Téllez, vecina de la ciudad de Antequera, hija del doctor Gálvez y de María de Segura¹¹¹. El doctor Gálvez había sido oidor de la Real Chancillería de Granada entre 1535 y 1550, actuando como decano desde 1547, aunque moriría desempeñando el cargo de asistente de Sevilla¹¹². Al no tener descendencia en este segundo matrimonio, fue Antonio González heredero de su segunda esposa. De ahí que, en su testamento de 1602, el doctor González se preocupase de encargar a sus albaceas, entre ellos, al licenciado Pablo de Laguna, presidente del Consejo de Indias¹¹³, el cumplimiento del testamento de la difunta Catalina de Gálvez, del que aseguraba tener cumplidas todas sus mandas y disposiciones de última voluntad, excepción hecha de

la escritura del dicho testamento, ellos, y el testador, si supieren, y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y más el signo del escrivano [...]; los quales dichos testamentos, y codicilos, si no tuvieran la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fe, ni prueba en juicio, ni fuera dél». Los siete testigos que firmaron, por sí y propia mano, el testamento del doctor Antonio González, junto con el escribano, Juan Calvo Escudero, en Valladolid, el 8 de julio de 1602, fueron: Andrés Fernández de Junco, Juan de Solís, Juan Rojas (?), Alonso de Morales Velloso, Francisco Hernández, Francisco de Liguzamo y Juan Bautista de Pernia.

¹¹¹ AHP, Protocolo 2109, f. 1061 r.

¹¹² GAN GIMÉNEZ, P., *La Real Chancillería de Granada (1505-1834)*, p. 243.

¹¹³ Natural de El Espinar, Pablo de Laguna era hijo de Alonso Martínez, natural de Guadarrama y vecino de El Espinar; y de María de Laguna, natural y vecina de esta última villa. En 1557, comenzó a estudiar leyes y cánones en la Universidad de Salamanca, ingresando en el mismo Colegio Mayor de San Salvador de Oviedo, en 1565. Tras obtener el grado de licenciado, fue proveído consultor del tribunal inquisitorial de distrito de Granada. Al seguir la carrera eclesiástica, le fueron colacionadas las prebendas del priorato de Puerto Real, del arcedianato de Cuéllar, y de una canonjía en la iglesia catedral de Segovia. En el *cursus honorum* secular, y de las letras, le fue otorgada, en 1574, plaza de oidor de la Real Chancillería de Granada, pasando a desempeñar, la de ministro del Consejo Real de Castilla, desde el 25 de febrero de 1585. Dentro del Consejo de Castilla, se hizo cargo de la visita de los correos y de los aposentadores reales, destacando, sin embargo, en la prosecución, desde diciembre de 1586, de la visita de los consejeros de Hacienda que habían emprendido los consejeros de Castilla, doctor Francisco Avedillo y licenciado Francisco Chumacero de Sotomayor. De sus resultados, derivó la promulgación de las *Ordenanzas* de Consejo de Hacienda de 1593. En 1589, fue nombrado consejero de la Suprema y General Inquisición, prestando juramento el 16 de enero de 1590. Promovido Rodrigo Vázquez de Arce, el 22 de abril de 1592, a la presidencia del Consejo de Castilla, estimó conveniente Felipe II que Pablo de Laguna ejerciese el cargo de gobernador del Consejo de Hacienda, sin título de presidente, desde el 12 de mayo de ese mismo año de 1592. La carencia de tal título no impidió que Laguna desplegara una diligente actividad, en pos de allegar recursos para el fisco regio, y de afrontar los gastos de las campañas bélicas en los Países Bajos y Francia. Su celo en la preservación, búsqueda y aumento de las rentas reales le reportó una notable reputación en el manejo de los caudales públicos. Hasta el punto de que, su promoción a la presidencia del Consejo de las Indias, el 4 de julio de 1595, debe ser interpretada como una recompensa. Su suficiencia en cuestiones hacendísticas, bien ponderada por González Dávila, al afirmar que, «en tres años que sirvió, dize en una relación que remitió al Rey, que avía proveído de la Real Hazienda, para dentro y fuera del Reyno, treynta y ocho millones, y çien mil ducados, dexando el estado de la hazienda con notable mejoría», explica el hecho de que, en 1602, Felipe III le llamase para formar parte, y presidir, algunas Juntas de Hacienda. Electo obispo de Córdoba el 7 de abril de 1603, tomó posesión de su mitra episcopal el 30 de septiembre de dicho año. Murió, en Madrid, el 30 de julio de 1606, siendo enterrado en el convento de San Hermenegildo de Carmelitas Descalzos. Al año siguiente, en 1607, sus restos mortales fueron tras-

los 5.000 ducados que ésta había dejado a sus sobrinas, y al hijo de su esposo, Antonio González y del Palacio. Ahora bien, en 1602, el hijo primogénito del doctor González, Antonio González y del Palacio, había fallecido ya, y, por eso mismo, dejaba ordenado su padre que se dijese por su alma trescientas misas rezadas. De ahí que su hija supérstite, y legítima, María González y del Palacio, casada con Francisco Linero y Maqueda, vecino de la villa de Osuna, fuese instituida como única y universal heredera de todos sus bienes, que el doctor Antonio González dejaba perpetuamente vinculados en su persona, si su hija así lo quería y aceptaba voluntariamente, debiendo suceder en dicho vínculo, en tal caso, sus descendientes, por línea recta de varón¹¹⁴. Pero, es que, además, en dicho testamento de 1602, el doctor González reconocía haber tenido otro hijo, natural, «de travesía», llamado Juan González, nacido hacia 1583, puesto que contaba con unos diecinueve años de edad por entonces, que vivía en casa de su hija, en Osuna. Como consecuencia de su reconocimiento, su disposición de última voluntad era que, de «lo mexor parado de mis vienes», le fuesen comprados, en juros, trescientos ducados de renta anual y vitalicia, que le habrían de servir –según preveía su padre– para ayudarle en sus estudios, puesto que iba a seguir la carrera eclesiástica, y, en cualquier caso, en concepto de alimentos. De modo complementario, encarecía al licenciado Laguna, su albacea testamentario, que, en consideración a sus servicios al rey (a Felipe II, y también a Felipe III), de más de treinta y nueve años, como oidor de la Chancillería granadina, presidente-gobernador de la Audiencia de Guatemala, consejero de Indias, y presidente-gobernador de la Audiencia del Nuevo Reino de Granada, con la comisión añadida de asentar en el distrito de esta última las alcabalas, ventas de oficios, arbitrios, composiciones y otras rentas de la real hacienda, se le otorgase alguna merced –de prebenda, oficio o renta, se entiende– a su hijo, Juan González¹¹⁵.

ladados a la iglesia catedral de Córdoba, y depositados en el crucero, entre los dos coros. En su pueblo natal fundó un convento de religiosas franciscanas, dejando dotadas dos capellanías en su iglesia parroquial. Éstos, y otros datos biográficos del protector del doctor Antonio González, en CARLOS MORALES, Carlos Javier de, *El Consejo de Hacienda de Castilla, 1523-1602. Patronazgo y clientelismo en el gobierno de las finanzas reales durante el siglo xvi*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 1996, pp. 159-173; EZQUERRA REVILLA, Ignacio: *El Consejo Real de Castilla bajo Felipe II. Grupos de poder y luchas faccionales*, Madrid, 2000, pp. 188-189, 196-197, 205-206, 231-233 y 248-250; GAN GIMÉNEZ, P.: *La Real Chancillería de Granada (1505-1834)*, p. 265; GONZÁLEZ DÁVILA, Gil: *Teatro de las Grandezas de la Villa de Madrid, Corte de los Reyes Católicos de España, por el Maestro...*, *Coronista del Rey Don Felipe IV*, Imprenta de Tomás Junti, Madrid, 1623, pp. 481-482; MARTÍNEZ MILLÁN, José y CARLOS MORALES, C. J. de (dirs.): *Felipe II (1527-1598). La configuración de la Monarquía Hispánica*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 1998, pp. 414-415; RUIZ RODRÍGUEZ, A. A.: *La Real Chancillería de Granada en el siglo xvi*, pp. 118 y 121; SÁNCHEZ RIVILLA, TERESA: «Inquisidores Generales y Consejeros de la Suprema: documentación biográfica», en PÉREZ VILLANUEVA, Joaquín y ESCANDELL BONET, Bartolomé (dirs.): *Historia de la Inquisición en España y América*, 3 vols., Madrid, 1984-2000, vol. III, pp. 228-437, en concreto, pp. 359-360; y SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. I, p. 352.

¹¹⁴ AHP, Protocolo 2109, ff. 1059 v, y 1061 r y v.

¹¹⁵ AHP, Protocolo 2109, ff. 1061 r y v, y 1066 v-1067 r. Por «hijo de travesía» habría que entender, literalmente, que se trataba de un descendiente por la *vía transversal*, que, sin más especificaciones, que no constan en el testamento de 1602, tendría que suponerse que provendría de

Poco es lo que se sabe de la vida del doctor Antonio González, antes de su llegada a la presidencia de la Audiencia de Guatemala, en 1568-1570. Descartando la posibilidad de su paso, en calidad de oidor, por la Chancillería de Valladolid, sí fue nombrado, hacia 1563 ó 1564, oidor de la Real Chancillería de Granada. Un cargo, este último, en el que habría de permanecer hasta mediados de 1568, en que fue designado presidente de la reconstituida Audiencia guatemalteca. Retornaría a su plaza de oidor de la Chancillería granadina hacia 1575, tras haber sido condenado por el Consejo de Indias, en su sentencia de residencia de dicha presidencia-gobernación de Guatemala, de 5 de noviembre de 1574, a la privación perpetua de todo oficio de justicia en el Nuevo Mundo¹¹⁶. Este segundo período de estancia en la Chancillería de Granada, que culminó con el desempeño del decanato, o puesto de oidor más antiguo, duró, aproximadamente, unos diez años, hasta que fue elevado al cargo de consejero de Indias, en virtud de una RP de nombramiento, de 27 de octubre de 1584¹¹⁷.

una unión extramatrimonial, no estable o constitutiva de barraganía, con una pariente –de nombre desconocido– por la línea colateral (sobrina, prima hermana, etc.) del doctor Antonio González. Sería Juan González, por tanto, un hijo *incestuoso*, en términos estrictos, de acuerdo con *Partidas*, IV, 15, 1. Pero, quizás sea más acertado pensar en un sentido más genérico o coloquial de la expresión, de sucesión *de través*, en el sentido de *no recta* o *no legítima*, simplemente habida en mujer con la que no mediaba parentesco alguno. Lo que sería más lógico, a mi juicio, puesto que, en todo el testamento, aunque se comprendería, cierto es, el silencio sobre la identidad de dicha madre, por razones de pudor, vergüenza, arrepentimiento o encubrimiento de su honra, no es beneficiada, especialmente, con alguna manda o disposición concreta –o encargo de misas rezadas por su alma, si hubiese fallecido en el parto, o fuera de él–, mujer alguna que no sea su hija legítima, y heredera universal, María González. He aquí, pues, el misterio que envuelve los orígenes de este hijo natural, Juan González. Por otra parte, al margen de si hubiese sido éste ya reconocido con anterioridad, expresamente y por escrito, la cláusula testamentaria que le instituye como beneficiario de la indicada manda, la renta vitalicia para ayuda de estudios y alimentos, ya constituye, en sí misma, un reconocimiento expreso de filiación, y paternidad; y, la convivencia en casa de su hija legítima, María González, en Osuna, un reconocimiento tácito de parentesco. No era necesaria la legitimación de Juan González, en todo caso, pues, también al margen de los presuntos deseos, en tal sentido, de su padre, que tampoco constan, y de los que no hay evidencia alguna, carecería tal legitimación de su fin primordial, que era el de habilitar a los legitimados para que sucediesen a sus padres en la herencia, a falta de herederos legítimos (*Partidas*, IV, 15, leyes 4, 5, 6, 7 y 8). La existencia, y supervivencia, de María González haría innecesaria, además de inconveniente o inoportuna, tal legitimación. Cuya falta, como queda dicho, no impedía la institución de una manda, ni que se solicitase, para él, una futura merced regia. Sobre estas cuestiones, en general, *vid.* GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *La filiciación no legítima en el Derecho histórico español*, Sevilla, 1969, pp. 57-201.

¹¹⁶ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 1, núm. 12. El bachiller presbítero Domingo Juarros, historiador guatemalteco del siglo XVIII y principios del XIX (Antigua Guatemala, 1752-Ciudad de Guatemala, 1821), afirma, sin citas documentales, que Antonio González fue «Visitador de la Inquisición de Sevilla y de los Generales de Galeones», se entiende que de Tierra Firme, también en Sevilla, en su Casa de la Contratación de las Indias (JUARROS, D., *Compendio de la Historia del Reino de Guatemala, 1500-1800*, p. 143).

¹¹⁷ SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. I, p. 356; y GAN GIMÉNEZ, P., *La Real Chancillería de Granada (1505-1834)*, p. 248. Se puede descartar, con casi plena seguridad, que Antonio González hubiese sido oidor de la Chancillería de Valladolid, con posterioridad trasladado a la de Granada, como aventura, sin aportar dato alguno, en este caso, Gan Giménez, *loc. cit.*, porque, el propio interesado, al hacer relación de los cargos en los que había servido al

Como queda dicho, el doctor González fue designado presidente-gobernador general de la Audiencia Real de Guatemala, que se había tornado a establecer en la ciudad de Santiago, tras la anterior *mudanza* de la Audiencia de los Confines a la ciudad de Panamá, mediante otra RP, expedida en el Real Sitio de Aranjuez, de 31 de mayo de 1568¹¹⁸. Por cierto que, dicha medida, orden o disposición de retorno a Santiago de Guatemala de la Audiencia trasladada, en 1564, a la ciudad de Panamá, fue recogida expresamente en una posterior RP, despachada en El Escorial el 28 de junio de 1568, aunque ya una anterior RP, de 15 de enero de 1568, había previsto su restablecimiento¹¹⁹. En dicha RP de nombramiento, de 31 de mayo de 1568, quedaba precisado que el nuevo presidente gozaría de las mismas prerrogativas, preeminencias e inmunidades que correspondían a los presidentes de la Audiencia de la Nueva España. Su salario sería de 5.000 ducados anuos, equivalentes a 875.000 maravedís, que le serían abonados por los oficiales de la real hacienda de la caja de Guatemala, desde el día en el que se hiciera a la vela, rumbo a su destino, desde el puerto de Sanlúcar de Barrameda. Como apunta certeramente Ernesto Schäfer, el hecho de que el Consejo de las Indias propusiese el nombramiento de un oidor de la Chancillería de Granada, uno de los dos órganos jurisdiccionales superiores de la Corona de Castilla, para ocupar la presidencia-gobernación de Guatemala, suponía reconocer la importancia que se concedía a su restablecimiento, tras los vaivenes de los años anteriores en la política de fijación de Reales Audiencias, y de distritos audienciales, en aquellos lejanos territorios centroamericanos¹²⁰. Por lo demás, la elección de un oidor de la Chancillería granadina no fue un acto ocasional, fortuito, o la búsqueda de una concreta persona, capaz y valiosa. Al margen de que el doctor González fuese reputado, o no, por letrado capaz y brillante, lo cierto es que, hay que recordar que, con anterioridad, había sido ya designado para ocupar la presidencia-gobernación guatemalteca el licenciado Garci Pérez de Manzanedo, que también era oidor de la Chancillería de Granada, por RP, extendida en Galapagar, a nombre de Felipe II, el 15 de enero de 1568. Cuando Pérez de Manzanedo rehusó el empleo, fue elegido Antonio González¹²¹. Era

rey, a lo largo de treinta y nueve años de servicios, en una de las cláusulas testamentarias de 8 de julio de 1602, no menciona, en absoluto, tal circunstancia, y sí, concreta y detalladamente, su paso por la de Granada, las Audiencias de Guatemala y del Nuevo Reino de Granada, y el Consejo de Indias (AHP, Protocolo 2109, ff. 1066 v-1067 r). Siendo la Chancillería vallisoletana la culminación, como tribunal de justicia superior de la Corona de Castilla, de todo letrado, difícilmente podría explicarse un posible olvido de tan sobresaliente, reputado y ambicionado empleo.

¹¹⁸ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, ff. 403 v-405 r; y MCH, vol. I, núm. 334, pp. 580-582.

¹¹⁹ AGCA, A1.23, leg. 4575, f. 264 r.

¹²⁰ SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 75.

¹²¹ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, ff. 370 v-371 r; y MCH, vol. I, núm. 333, p. 580. El licenciado García Pérez de Manzanedo, alcalde del crimen (1562) y oidor (c. 1567) de la Real Chancillería de Granada, que llegaría a ser regente de la Audiencia Real de Galicia, declinó aceptar dicho nombramiento de presidente de la Audiencia de Guatemala, pese a que se le garantizó, como luego a Antonio González, su retorno a España. Una RC de idéntica data a su provisión, de Galapagar, a 15 de enero de 1568, dispuso que conservaría su título de oidor de la Chancillería granadina, pudiendo, a su regreso del Nuevo Mundo, recuperar esta plaza (AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, f. 374 v; y MCH, vol. I, núm. 342-343, p. 586).

evidente que se quería poner al frente de la restablecida Audiencia guatemalteca a un jurista experimentado, a un juez –al menos, tal por su categoría formal– de contrastada capacidad y saber. Y, también parece evidente que dicha designación se pensaba, y quería, temporal, provisional, como una especie de comisión de alto nivel. No en vano la plaza de oidor, en una de las dos Chancillerías castellanas, constituía un escalón anterior a la entrada en alguno de los Reales Consejos de la Monarquía Hispánica. Lo que explica que, una RC, dada el mismo día de sus despachos o título de nombramiento de presidente de la Audiencia de Guatemala, es decir, de 31 de mayo de 1568, previese y otorgase la conservación de su título y plaza de oidor de la Chancillería de Granada, a fin de que pudiese, a su regreso de la provincia de Guatemala, reincorporarse en ella, conservando su antigüedad. Por si tales prevenciones fuesen pocas, además, su plaza quedaba amortizada, a la espera de la mentada futura reincorporación:

«Si en vuestro lugar se huviere proveído otro Oydor, mandamos que la primera plaça que vacare se consuma, de manera que quede el número como de antes, y entretanto sirvan todos los dichos ofiçios, y os podáis llamar e intitular Oydor de la dicha nuestra Audiencia Real de Granada, y como tal Oydor se os guarden vuestras preheminiencias»¹²².

Los privilegios usualmente reconocidos a los ministros y oficiales del rey destinados al Nuevo Mundo, y que deberían serle observados por los oficiales de la Casa de la Contratación de Sevilla, le fueron igualmente otorgados al doctor González, en su caso, a través de diversas RR.CC., todas ellas despachadas en Aranjuez, con fecha de 7 de junio de 1568: un anticipo de 2.500 ducados a cuenta de su futuro salario, en concepto de ayuda para los gastos del viaje; un permiso para llevar consigo doce criados, casados y solteros, y ocho mujeres de servicio y acompañamiento de su segunda esposa, que deberían prestar previa información de naturaleza, vida y costumbres ante cualquier justicia de los reinos de la Corona de Castilla; una exención de pago de los derechos de alojamiento por un valor máximo de 3.000 ducados, por una sola vez, más otra de 1.000 ducados anuales, durante el tiempo en que fuere presidente; otro permiso para introducir, libres de derechos –económicos, de dos ducados por *pieza*–, ocho esclavos y esclavas negros, uno de ellos, un esclavo «nacido en su casa»; y una licencia para llevar las armas, blancas y de fuego, de las que tuviere necesidad, y para que los esclavos que le acompañasen también portasen armas¹²³. Ya en otro ámbito de asuntos, estrictamente profesionales, y no meramente personales, una RC adicional, así mismo de 31 de mayo de 1568, le reconoció la facultad de encomendar indios en el distrito audiencial guatemalteco; y le confirió el título de gobernador general de las provincias incluidas dentro de dicha circunscripción: es decir, le confirió los poderes de presidente-gobernador

¹²² AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, f. 406 r y v; y MCH, vol. I, núm. 344, pp. 586-587. La cita, en el f. 406 v, y en la p. 587, respectivamente.

¹²³ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, ff. 407 v-408 v, 410 r y 435 r; y MCH, vol. I, núms. 358, 369, 382-383, 393-394, 402 y 405, pp. 597-598, 605, 609-610, 614 y 616-618.

general¹²⁴. Por otra parte, bien antes de embarcarse, bien luego enviadas en el pliego real o valija oficial, Antonio González recibió otras varias reales cartas o cédulas, comisionándole para llevar a cabo ciertas funciones, o ampliando su ámbito de facultades. Así, una de 15 de enero de 1569 le nombró juez de residencia del licenciado Francisco Briceño, gobernador que había sido, como se recordará, de la provincia de Guatemala, y de sus lugartenientes, oficiales y escribanos, por un término de noventa días. Respecto de dicha residencia, otra RC, de 19 de febrero de 1569, le prevenía que hiciese cargo al licenciado Briceño del repartimiento de indios con el que éste había beneficiado a Juan Orozco de Ayala, alguacil mayor que había sido de la gobernación de Guatemala, no pudiéndolo hacer, puesto que estaba prohibido por la legislación real¹²⁵. Por otra parte, como gobernador general del distrito audiencial que era, una RC, de 2 de junio de 1569, le facultó para proveer las gobernaciones y alcaldías mayores de todas sus provincias, y otros empleos temporales, aunque fuesen de provisión regia, una vez cumplido el término de mandato. Sólo había tres excepciones: las gobernaciones de Honduras, Soconusco y Costa Rica, cuya designación estaba reservada al monarca¹²⁶. En el caso de Perafán de Ribera, que había sido nombrado, precisamente, gobernador de la provincia de Costa Rica, una RC de 15 de agosto de 1569 interesó de González que informase si ya había ido a servir su oficio, dado el tiempo transcurrido desde su provisión regia¹²⁷.

Su licencia de pase al Nuevo Mundo fue asentada en los correspondientes libros de registro de la Casa de la Contratación de las Indias, en Sevilla, con fecha de 6 de febrero de 1569. Se decía, en ella, que le acompañaban su esposa, Catalina de Gálvez, y los dos hijos nacidos de su primer matrimonio, Antonio y María Gon-

¹²⁴ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, ff. 406 v-407 v; y MCH, vol. I, núm. 414, pp. 621-622.

¹²⁵ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, ff. 422 v y 430 v-431 v.

¹²⁶ AGCA, A1.23, leg. 1512, f. 361 r; y AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, f. 443 r y v. Una RC, dada en Madrid, de 3 de febrero de 1569, que respondía a una previa carta de queja del cabildo de la ciudad de Granada de Nicaragua, hecha llegar a la corte con fecha de 6 de noviembre de 1567, había adelantado que la Audiencia de Guatemala, que se tornaba a fundar en la ciudad de Santiago, llevaba declarado que la provincia de Nicaragua volvería a formar parte de su distrito jurisdiccional. Y es que el cabildo de Granada, en el citado memorial, se había lamentado de estar sujeta a la Audiencia de Panamá, tras el traslado a esta ciudad de la Audiencia de los Confines. Una ciudad, y una sede audiencial, la de Panamá o Tierra Firme, que se hallaba muy lejos, a unas trescientas leguas –se decía– de distancia. Por otra parte, otra RC, igualmente de 3 de febrero de 1569, disponía que los oficiales reales de Nicaragua destinarían dos tercios de la mitad de los diezmos de la sede episcopal vacante (por fallecimiento del obispo Luis de Fuentes, y ausencia de su sucesor, fray Gómez Fernández de Córdoba), en la parte correspondiente al prelado, al edificio, ornamentos y culto divino de la iglesia catedral de León. Y, el tercio restante sería empleado en la iglesia de la ciudad de Granada, que mantenía una cubierta de paja, al objeto de que llegase a ser de teja y ladrillo, como la catedral de León. Por último, la primera de las dos RR.CC., de 3 de febrero de 1569, mencionadas, se hacía eco, igualmente, de la queja –otra más– del cabildo de Granada, relativa al corregimiento de la provincia de Nicoya. Siempre la Audiencia de los Confines y los gobernadores de Nicaragua lo habían proveído en un vecino de la ciudad de Granada, hasta que se pasó a confiarlo en manos de deudos y criados del presidente y de los oidores, de forma que, los así favorecidos osaron no reconocer la autoridad superior del alcalde mayor de la provincia de Nicaragua (AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, f. 430 r y v).

¹²⁷ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, f. 453 v.

zález¹²⁸. Llegó el doctor Antonio González a la ciudad de Santiago de Guatemala, acompañado de los oidores que habían de integrar esta reconstituida Audiencia, que allí se *tornaba a fundar*, los licenciados García Jofre de Loaysa, Bernabé Valdés de Cárcamo y Cristóbal de Azcoeta (o Azcueta), y del fiscal, licenciado Pedro de Arteaga Mendiola, el 5 de enero de 1570. Como ya se indicó más arriba, habían zarpado, del puerto de Sanlúcar, en la flota de la Nueva España que iba al mando del general Francisco de Luján, el 25 de julio de 1569. Tras hacer escala en el puerto de Trujillo el 27 de octubre, desembarcaron en Puerto de Caballos el 20 de noviembre de 1569¹²⁹. Con la solemnidad que el acto, y el hecho simbólico, requerían, el 13 de enero de 1570 metieron el sello real en la ciudad y sede de la Audiencia, depositándolo en las casas reales. Una vez asentados, tribunal y oidores, presidente y demás oficiales, *en cuerpo de Audiencia*, el doctor González, y los licenciados Loaysa, Valdés de Cárcamo y Azcoeta redactaron su primera carta al rey, a Felipe II, desde la ciudad de Santiago, el 3 de marzo de 1570¹³⁰. Luego, el

¹²⁸ AGI, Contratación, leg. 5537, lib. 3, f. 346 v; y *Catálogo de pasajeros a Indias durante los siglos XVI, XVII y XVIII*, vol. V. (1567-1577), t. I. (1567-1574), Madrid, 1980, núm. 1837, p. 268.

¹²⁹ Estando en Sevilla, esperando para embarcarse hacia las Indias, el presidente, los oidores y el fiscal subieron a bordo de los dos navíos que se dirigían a los puertos de Honduras, y que viajaban en conserva de la flota de Tierra Firme, cuyo destino final era el puerto de Nombre de Dios, y levaron anclas el 19 de marzo de 1569. Pero, por orden real, fueron detenidos estos dos navíos, a fin de que viajasen en la flota de la Nueva España, en la que iban pocas naos. Esta segunda flota zarpó, finalmente, como se ha dicho, el 25 de julio de 1569. De ahí que, llegados a Guatemala, el doctor González y los licenciados Loaysa, Valdés, Azcoeta y Arteaga pidiesen que les fuese abonado el salario de los cuatro meses que habían estado, forzosamente, esperando en la Península, como compensación por su involuntaria detención, que iba del 19 de marzo al 25 de julio de 1569. Un Auto Acordado del Real Consejo de las Indias, de 3 de marzo de 1570, les reprendería, empero, por haber formulado tal petición. Los interesados, no obstante, previamente habían extraído de la caja real el importe de sus débitos –como así ellos los consideraban–. Una posterior RC, dada en San Lorenzo el Real, de 4 de agosto de 1571, cuando ya Antonio González había sido removido de la presidencia, Valdés de Cárcamo era oidor de México, y el fiscal Arteaga Mendiola estaba siendo residenciado, les ordenó devolver el dinero que indebidamente habían cogido de la caja real de Guatemala. Por si acaso no lo hacían con la diligencia debida, otra RC, también de 4 de agosto de 1571, previno a los oficiales reales de Guatemala que descontasen del salario, que todavía quedase pendiente de pago, del presidente y de los oidores de la Audiencia, el importe de lo que «huvieren rescibido en demasía» (AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 66 v-67 r; y MCH, vol. I, núms. 345-346, pp. 587-589). No sólo pidieron Antonio González y sus compañeros que les fuesen abonados sus salarios, desde que había zarpado la flota de Tierra Firme sin ellos, por la vía de justicia. Con anterioridad, lo habían hecho, con idéntico resultado negativo, por la de gobierno. El doctor González se trasladó a la corte, a la villa de Madrid, y, en nombre de los oidores y del fiscal de la refundada Audiencia guatemalteca, y de dos alcaldes del crimen de la Audiencia de México, el licenciado Lope de Miranda y el doctor Juan Maldonado, que se hallaban en la misma situación, expuso ante el Consejo de Indias el daño que para todos ellos había supuesto no dejarles partir con la flota o galeones de Tierra Firme, estando como estaban aprestados para el viaje. Puesto que interesaba que el presidente de la Audiencia de Guatemala regresase lo más rápidamente posible a Sevilla, la evacuación de la pertinente consulta fue casi inmediata, el 7 de mayo de 1569. La resolución real denegó la petición, al objeto de no introducir un precedente en casos semejantes, gravoso para el erario regio (AGI, Indiferente General, leg. 738, núm. 95).

¹³⁰ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 9, núm. 41. Una anterior RC, despachada en Aranjuez el 20 de mayo de 1569, había autorizado al presidente-gobernador Antonio González a que hiciese los arreglos convenientes, a fin de acondicionar la casa de los gobernadores, existente en la ciudad,

presidente-gobernador González, por separado, remitió su primer informe o relación, el 10 de abril de 1570. Señalaba, en él, que había concluido, por fin, la residencia del licenciado Briceño, y que la había podido sentenciar apenas una semana antes, el 4 de abril de 1570. El resultado había sido, y consistido, en una condena de suspensión por cuatro años para desempeñar oficios de justicia, y una multa pecuniaria de 4.000 pesos de oro. Pese a lo cual, le consideraba un juez competente, aunque de temperamento colérico, pero, que estaba limpio de cohechos, baraterías, tratos, contrataciones y compañías ilícitas. La inspección o revisión de las cuentas de los oficiales de la real hacienda había comenzado ya, el 1 de marzo de 1570. Se había encontrado González con un alcance de unos 15.000 pesos, y con sólo 500, en metálico, en la caja real, en su arca de las tres llaves. En cualquier caso, pedía el presidente-gobernador y juez de residencia que, como había ocurrido con un presidente anterior, el licenciado Landecho, alguien fuese comisionado para que feneciese, él solo, las cuentas, ejecutase los alcances, y enviase el remanente a la Casa de la Contratación de Sevilla. Por lo que se refería a los bienes de difuntos, aunque un oidor actuase como juez de dichos bienes *ab intestato*, los gobernadores de las provincias se oponían a que nadie más que ellos pudieran tomar las cuentas en sus términos jurisdiccionales. Las dilaciones en esta materia perjudicaban, desde luego, a los dueños de tales bienes –sus legítimos herederos–, y, en última instancia, a la hacienda del rey¹³¹.

Nos consta que, como presidente-gobernador del distrito de la Audiencia de Guatemala, Antonio González, durante los tres años en que ejerció su cargo, proveyó, anualmente, los diversos corregimientos de la tierra¹³². Por ejemplo, mediante una provisión de 31 de enero de 1570, pocos días después de entrar en Santiago de Guatemala, nombró a los titulares de los pueblos de Izquintepéquez, Quezaltenango, Tecuciltlán, Atitlán, Chiapa de la Real Corona, las milpas, cerro y valle de la ciudad de Chiapa de la Real Corona, y la mitad de los pueblos

como sede de la restablecida Audiencia, tras los años de ausencia de ésta de la ciudad de Santiago de Guatemala: «Por aver muchos años que no se avitava, y estava maltratada» (AGCA, A1.23, leg. 1512, f. 360 r). Otra RC, expedida el mismo día, el 20 de mayo de 1569, explicitaba que los gastos de reparación y aparejo (compra de doseles, alfombras, sillas, cojines, y «otras cosas necesarias para el decoro y ornato de la dicha Audiencia») se costearían, las reparaciones a cargo del ramo o fondo de penas de cámara, y los aparejos, del correspondiente a los gastos de justicia, de manera que «no se pague de nuestra Caxa Real cosa alguna». El salario del escribano de la residencia del licenciado Briceño, ex-gobernador de Guatemala, de los gastos de justicia, y, en su defecto, de las penas de cámara (AGCA, A1.23, leg. 4575, f. 276 r; y AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 4, f. 441 r y v). Una RC posterior, librada en Madrid, de 21 de agosto de 1571, encargaría a González que, inspirándose en el ceremonial observado en las Reales Chancillerías peninsulares de Valladolid y Granada, que él había tenido oportunidad de conocer, procediese a redactar el que debería seguirse, en lo sucesivo, en la Audiencia de Guatemala (AGCA, A1.23, leg. 1512, f. 394 r).

¹³¹ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 9, núm. 41.

¹³² No obstante, una RC, expedida en Madrid, de 24 de marzo de 1571, hubo de exhortar al presidente-gobernador González a que notificase, y recordase, al gobernador de la provincia de Honduras (un cargo para el que sería nombrado, por RP de 4 de agosto de 1571, el capitán Diego de Herrera) que no tenía facultades para dar indios en encomienda, ni para nombrar oficiales, entre ellos, tampoco a los titulares de los corregimientos (AGCA, A1.23, leg. 4575, f. 316 v).

de Guaymoco y Tacachico, en los términos de la ciudad de San Salvador, que siempre eran dados a los alcaldes mayores de la villa de la Trinidad de Sonsonate. Por medio de un auto datado, así mismo, el 31 de enero de 1570, el doctor González aclaró que, aunque el monarca había prohibido a los presidentes-gobernadores conceder ayudas de costa a los pobres y necesitados de las ciudades, sin embargo, sí podían ser detraídas de los salarios de los corregimientos que había en los términos de esas mismas ciudades. Por una posterior provisión, de 25 de febrero de 1570, el doctor González nombró también corregidores para las milpas de la ciudad de Guatemala, que correspondieron a Gabriel Mexía, sobrino del doctor Antonio Mexía, antiguo oidor de la Audiencia de los Confines, y entonces presidente de la de Santo Domingo; o en el pueblo de Guazuacán, que recayó en García de Castellanos, hijo del que había sido tesorero de la provincia de Guatemala, Francisco de Castellanos; o en el de Totonicapán, que fue para Hernando de Angulo, hermano del difunto obispo de la Verapaz, fray Pedro de Angulo¹³³. También fueron designados corregidores para los partidos de Ucelustlán, de Teculuca, en los términos de la ciudad de San Salvador, o para las milpas de esta misma ciudad de San Salvador, además del pueblo de Tecpán-Atitlán, que fue para Francisco Díaz del Castillo, hijo de Bernal Díaz del Castillo. Por lo que se refiere a la facultad de encomendar, hay que recordar que una RC de 30 de diciembre de 1571 aclaró, por entonces, que ningún juez particular podía dar la posesión de repartimientos vacos de indios si no era por mandamiento particular de los virreyes, los gobernadores u otros ministros del rey, con

¹³³ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 9, núms. 31 y 32. Según dos testimonios expedidos por Francisco Montero de Miranda, escribano de Cámara de la Audiencia de Guatemala, de 7 y de 10 de marzo de 1572, el presidente-gobernador González siguió proveyendo encomiendas y corregimientos para los años de 1571 y 1572. Fue el caso de los pueblos de la real corona de Quecatoaque, en la provincia de Nicaragua, de Tecoaatlán, de Huelotlán, otra vez de Izquintepéquez, Tecpán-Atitlán, Guazacapán o las milpas del valle de Guatemala. En este Valle de Guatemala, el corregidor, que seguía siéndolo Gabriel Mexía, sólo cobraba 350 pesos de salario, puesto que los otros 150 conformaban la pensión que le era reconocida a Ana María de Orozco, viuda del licenciado Corral, un oidor que había sido destinado a la Audiencia de Guatemala, pero, que había muerto en el camino. Su viuda estaba «muy pobre y necesitada –según justificaba su decisión Antonio González–, por haver llegado a Santiago de Guatemala, con sus hijas, tras haver perdido toda su hacienda en el mar». Otra pensión, esta vez de sólo 30 pesos, gravaba el salario del corregidor de los pueblos de Tecoiluca y Tecolucelo. Estaba destinada a Eufrasia de Rivadeneira, viuda pobre y necesitada del que había sido factor de Guatemala, Francisco de Ovalle. Más numerosa fue la provisión de corregimientos llevada a cabo el 10 de marzo de 1572, que afectó a los partidos de Atitlán, Totonicapán, las milpas de la ciudad de San Salvador, Quezaltenango, el cerro del valle de Chiapa, Chiapa de los Indios o de la Real Corona, Soconusco y Nicoya. Además de los de Monimbo y la provincia del Viejo, en la provincia de Nicaragua; y Comayagua, Tenco y Ocotepeque, en la provincia de Honduras, estando situados estos dos últimos pueblos de indios en los términos de la ciudad de Gracias a Dios. El corregimiento de Quezaltenango correspondió, con facultad de poner un lugarteniente, a Ana de la Cuadra, viuda del que había sido fiscal de la Audiencia de los Confines, el licenciado Juan Márquez. El de Chiapa de los Indios, por su parte, a Diego Hernando del Saz, hijo del contador Antonio de la Torre. Y, el de Nicoya a Perafán de Ribera, gobernador, como se dijo, de la provincia de Costa Rica, durante un año, igualmente con la facultad de poner un teniente, siempre que no fuese su hijo Diego López de Ribera (AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 11, núms. 66 y 67).

poder especial para encomendar¹³⁴. Lo que suponía reforzar las facultades de encomienda del doctor Antonio González dentro de su circunscripción audien- cial y gubernativa, como presidente-gobernador de la misma que era. Por otro lado, algunos meses antes de esta última disposición, una consulta del Consejo de Indias, formulada *a boca* en Madrid, el 20 de marzo de 1571, recomendó al monarca otorgar dos mercedes: una, para el cabildo secular de la ciudad de Santi- ago de Guatemala, consistente en la prórroga del diezmo del oro que se sacase de las minas, durante otros seis años; y, otra, para el cabildo eclesiástico de la diócesis de Guatemala, de concesión de los novenos reales por cuatro años¹³⁵.

Volviendo algunos meses atrás en el tiempo, en contestación a su carta de 10 de abril de 1570, una RC, extendida en Madrid, de 24 de agosto de 1570, ordenó al doctor González que castigase a los oficiales reales de Guatemala, que habían llegado a sacar hasta 40.000 pesos de oro de la caja de la real hacienda, a fin de emplearlos en sus tratos y granjerías, y lucrarse dando prés- tamos con interés. Tenía que cobrar, en definitiva, dicho alcance, y devolverlo a la real caja¹³⁶. Una ulterior RC, despachada también en Madrid, de 16 de octubre de 1570, le encargó, además, enviar los autos de su juicio de residencia al licenciado Briceño, en las naos de Honduras que estuviesen prestar a zarpar, para incorporarse a la flota de retorno de la Nueva España, con pliego de remi- sión a los oficiales de la Casa de la Contratación de Sevilla. En otro orden de cosas, en nombre del concejo, justicia y regimiento de la ciudad de Santiago de Guatemala, su procurador, Juan de la Peña, presentó un memorial en el Conse- jo de Indias, recordando que el mismo Francisco Briceño, siendo gobernador de la provincia de Guatemala, había hecho ya relación de que convendría esta- blecer un pueblo de españoles en el puerto de Iztapa, situado a unas diez leguas de la capital, en la costa de Guazacapán. Como en tiempos del adelantado Pedro de Alvarado, allí podría haber un astillero para construir navíos y gale- ras, dado que existía madera en abundancia, que podrían ser empleados en el descubrimiento de nuevas tierras en las islas del Poniente (o de las Filipinas). Para que la provincia de Guatemala participase en los beneficios del tráfico de la especiería, los navíos que fuesen construidos para la contratación de la China deberían tener licencia para comerciar y traer mercaderías en retorno al puerto de Iztapa, siendo despachadas hacia España por la vía de Puerto de Caballos. Otra RC, de 15 de noviembre de 1570, a la vista de estas peticiones y propuestas, ordenó a la Audiencia que procurase que el pueblo de Iztapa fuese poblado de españoles, y que, para conseguir tal fin, fuesen repartidos solares, casas y tierras, sin perjuicio de los derechos de los indígenas, ni de terceros¹³⁷.

Una nueva, y extensa, misiva informativa fue enviada por Antonio Gonzá- lez a Felipe II, y al Consejo de Indias, el 2 de marzo de 1571, siendo duplicada, por razones de seguridad del correo, sujeto a las adversidades de la navegación,

¹³⁴ AGI, Indiferente General, leg. 532, lib. 1, f. 206.

¹³⁵ AGI, Indiferente General, leg. 738, núm. 123; y HEREDIA HERRERA, A., *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1529-1599)*, t. I, núm. 286, p. 139.

¹³⁶ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, f. 14 r.

¹³⁷ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 19 r-20 r.

como era costumbre, el día 15 de ese mismo mes, y año. Daba cuenta del naufragio, el 18 de diciembre de 1570, del navío de Honduras que venía en conserva de la flota de la Nueva España, habiéndose salvado dieciocho marineros. El mar había arrojado algunos despachos, habiéndose perdido todo lo demás. Entre los salvados estaba la cédula que le ordenaba remitir la residencia del licenciado Briceño. Las casi tres mil hojas de sus autos las había enviado en un navío que había aportado a Trujillo por la vía de las islas (La Española, Cuba), ya que no era previsible que hubiese flota en las semanas inmediatamente siguientes. Francisco Briceño había partido para la Península, desde Trujillo, el 5 de mayo de 1570. Venían recogidas, a continuación, algunas quejas del presidente hacia sus colegas de la Audiencia. Criticaba al oidor Cristóbal de Azcoeta por el poco decoro que mantenía de su persona, y porque se preocupaba escasamente de administrar justicia. En una Audiencia de nueva planta era muy necesario guardar, más todavía si cabe, las ceremonias, pero, ni el fiscal, ni los oidores las consideraban importantes, y sí, únicamente, una menudencia, meras formalidades. El licenciado Loaysa, por su parte, estaba visitando la provincia de Honduras; y, el licenciado Valdés de Cárcamo, las encomiendas del rey. Lo que aprovechaba Antonio González para aconsejar que las indias viudas, los viejos y los muchachos no casados, pobres y sin hacienda, fuesen excluidos de la obligación de tributar. No así los ministros indígenas de justicia, ni los *teopantecas*, que eran los naturales encargados de los menesteres, y servicio, del culto divino en las iglesias y monasterios, que habrían de pagar sus tributos con cargo a las cajas de la comunidad, dadas sus funciones de carácter público. Y, había más sugerencias. El puerto de Trujillo precisaba de armamento para defenderse de las acometidas de los corsarios, no siendo suficientes, para costear sus gastos de defensa, los tributos de los indios que habitaban en la cercana isla de la Guanaja. Para que pudiesen ser distribuidas ayudas de costa entre los beneméritos (descendientes de los conquistadores y antiguos pobladores de la tierra) empobrecidos, proponía gravar cada carga de cacao que saliese de Los Izalcos, en dirección a México, con un tostón de tributo. La provincia de Costa Rica todavía no había sido dominada por completo, finalmente, y ello porque no había habido en ella un gobernador de posibles, que asentase y conservase los españoles que allí se mantenían. Ante la renuncia a esta gobernación, presentada por Perafán de Ribera, la Audiencia tuvo que nombrar un sustituto, un gobernador provisional hasta que el monarca designase otro, titular, que fue Fortún (Ortún) de Velasco¹³⁸.

Junto con las anteriores sugerencias, el doctor González dejó planteadas, en esta misma carta de 2 de marzo de 1571, otras muchas dudas, entreveradas con más propuestas, que demuestran lo rápido que había tomado contacto con la realidad, y necesidades, de las diferentes provincias de su circunscripción. Solicitaba, ante todo, la supresión de las gobernaciones del distrito de la Audiencia de Guatemala. En su lugar, el presidente-gobernador proveería alcaldes mayores. Y ello porque los gobernadores de provisión real llegaban al Nuevo Mundo cargados de

¹³⁸ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 10, núms. 46 y 48.

parientes y deudas, por lo que, con su escaso salario de 1.000 ducados al año, tenían, necesariamente, que dedicarse a tratar y contratar, o sea, a sus negocios y granjerías. En la provincia de Chiapa urgía la presencia de un alcalde mayor. En su capital, Ciudad Real de Chiapa, había unas 150 casas de españoles, y de 60 a 70 encomenderos. Se suscitaban, por tanto, muchos pleitos, y a una distancia de más de ochenta leguas de camino de Santiago de Guatemala. El privilegio regio que tenía la provincia, de que administrasen justicia en ella, exclusivamente, los alcaldes ordinarios de Ciudad Real de Chiapa, sin que hubiera alcalde mayor, no se podía mantener por más tiempo. Los alcaldes ordinarios no impartían justicia, puesto que eran encomenderos, interesados y parciales, en consecuencia, y no convenía seguir enviando alguaciles y ejecutores, comisionados por la Audiencia, por otro lado. Un alcalde mayor, además, conocería de los asuntos de los indios, de los que estaban excluidos los alcaldes ordinarios. Otra propuesta del presidente-gobernador González era que el oidor que visitaba el distrito no pudiera ir visitando la tierra por la que caminaba, antes de llegar a su destino, a la concreta provincia o gobernación, señalada por la Audiencia para su inspección. Debería ser el presidente, por último, y no la sala de oidores, quien proveyese los oficios vacantes de procuradores, receptores y ejecutores. También comunicaba González a la corte que, hasta entonces, había casado en la provincia de Guatemala a dos sobrinos, y a un cuñado. Uno de los primeros era una sobrina, que había contraído matrimonio con Gonzalo Vázquez de Coronado, encomendero de las tres cuartas partes del pueblo de indios de Naolingó¹³⁹. Mientras tanto, nuestro presidente y gobernador general recibió la RC, de Madrid, a 21 de agosto de 1571, que incluía las respuestas regias, tramitadas por conducto del Consejo de Indias, a sus anteriores comunicaciones de 3 de marzo y de 1 de noviembre de 1570. Se había quejado Antonio González de un error en su título de nombramiento. Donde se decía que su salario era de 5.000 ducados, se había puesto como equivalente en maravedís la cantidad de 1.875.000, cuando en las Indias, al menos en Guatemala, el ducado valía 429 maravedís, y no 375 como en España. Ahora se le respondía que, «conforme a la ley, como savéis, los ducados no se cuentan sino a trescientos y setenta y cinco maravedís cada uno, y así no hubo yerro en la provisión que se os dio»¹⁴⁰. Los oficios de alguacil mayor, de receptor y de procurador debería proveerlos junto con los oidores. En lo sucesivo, en el arca de tres llaves de la caja real, donde eran custodiadas las rentas regias, tendría que haber cuatro, y no sólo tres, llaves: una de ellas la tendría el presidente de la Audiencia, y, las otras tres, como siempre, cada uno de los oficiales reales (el contador, el tesorero, el factor-veedor). No habría novedad en lo que se refería al privilegio de los alcaldes ordinarios de Ciudad Real de Chiapa: esta provincia continuaría sin alcalde mayor. Por lo que se refería al ceremonial que había de ser observado en los actos de la Audiencia, sería el mismo que se guardaba en las Reales Chancillerías de Valladolid y de Granada, según constaba en una anterior RC, de 21 de octubre de 1570¹⁴¹.

¹³⁹ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 10, núm. 46.

¹⁴⁰ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 70 r-71 r; y MCH, vol. I, núm. 297, pp. 523-524. La cita, en el f. 70 r, y en la p. 523, respectivamente.

¹⁴¹ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, f. 24 r y v; y MCH, vol. I, núm. 115, pp. 294-295.

En la carta de relación que, en el otoño de 1571, correspondiente al segundo semestre del año, fechada el 29 de septiembre, hizo llegar el doctor González al Consejo de Indias, daba cuenta de que el gobernador de Costa Rica, que ya había renunciado al cargo, Perafán de Ribera, llevaba más de dos años residiendo en su oficio, pese a que en la corte se carecía de toda noticia sobre él. La tasación de los tributos, y la cuenta del número de indios tributarios, del valle y de los barrios de la ciudad de Guatemala, había sido emprendida por el licenciado Valdés de Cárcamo. Su primer hallazgo, la constatación de que el número que oficialmente constaba de indígenas tributarios, en los padrones reales, era el doble del real. Pero, al poco tiempo, se había decidido sustituir en dicha tarea a ese oidor, nombrando, en su lugar, a unos jueces comisarios. Si un oidor tenía que visitar toda la tierra, tardaría más de dos años, y todos debían estar ocupados en el Juzgado de Provincia. Los indios del valle de Guatemala pagaban a los españoles un terrazgo de tres reales, porque era aquella una tierra repartida, desde antiguo, como rastro de la ciudad. Por esa razón, teniendo en cuenta dicho pago, el doctor Antonio González proponía disminuir en un *tostón* el tributo de los naturales del valle de Guatemala, ya que trabajaban en las sementeras de los españoles, construían sus casas, y proveían de leña, yerba, etc., a la ciudad. Además, por un auto general, dictado por la Audiencia, se había decidido qué indios estaban excluidos de pagar tributo: los viejos (mayores de 55 años), las viudas pobres mayores de 50 años, los hijos todavía bajo la potestad paterna, y aquellos a los que tenían que abonar su tributo las cajas de la comunidad (jueces y alcaldes indios, *teopantecas*). Por último, se resistía el presidente-gobernador González a que el fiscal de la Audiencia enviase diligencieros para los negocios fiscales. Tales diligencieros incrementaban extraordinariamente las costas, que recaían sobre los vecinos. Era preferible remitir las probanzas a los alcaldes ordinarios de cada lugar, apercibiéndoles de que, si no las diligenciaban, se les haría practicar a su costa¹⁴². Ya el 10 de diciembre de 1571, justificaba el doctor González el hecho de haber diferido la marcha del licenciado Jofre de Loaysa a la Audiencia de Chile, a la que había sido trasladado como oidor, de acuerdo con una RP de nombramiento de 5 de noviembre de 1570, al menos por un año. El licenciado Corral, que venía a sustituirle, había fallecido en La Habana. Otro de los oidores de la Audiencia guatemalteca, Cristóbal de Azcoeta, había sido designado para visitar la provincia de Chiapa. Y otro oidor, al menos, tenía que quedarse para atender el Juzgado de Provincia, por lo que el presidente, él solo, Antonio González, había de resolver los recursos de apelación. Se veía obligado, para ello, a nombrar a algún abogado como juez *acompañado*, a fin de que pudiese dictar sentencias con él. Desde 1556, la Audiencia de los Confines había venido nombrando a un juez de milpas. Su cometido consistía en obligar a los indios a no descuidar el cultivo de sus sementeras, en un contorno de ocho leguas alrededor de la capital, Santiago de Guatemala. Ese mismo año, de 1571, como consecuencia de la sequía, y de la carestía de alimentos que se había propagado desde México, el doctor González había revitalizado el oficio. También había creado otro juez de milpas para la

¹⁴² AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 10, núm. 54.

provincia de los Izalcos, con el objeto de que los indios cultivasen sus cacaotales, y estos árboles no se perdiesen. Su salario, de 200 pesos anuales, estaba repartido entre dichos cultivadores. Sin embargo, el fiscal de la Audiencia, licenciado Arteaga Mendiola, había presentado una cédula, e instado a que se suprimiese el oficio de juez de milpas, por las muchas vejaciones que de él recibían los naturales. Algo que negaba Antonio González ¹⁴³.

La respuesta regia a sus cartas de 15 de octubre y de 10 de diciembre de 1571 llegó, como siempre, en forma de RC, datada en Madrid, de 18 de mayo de 1572. El auto general de la Audiencia de Guatemala, que especificaba quiénes estaban exentos de tributar (*reservados* del pago del tributo indígena), fue aprobado. Igualmente era aprobada la propuesta de enviar comisiones a las justicias ordinarias, para que practicasen las probanzas, ahorrando, de este modo, los salarios que devengarían jueces comisarios. Por lo que se refería al cultivo del cacao en los pueblos de indios de los Izalcos, la Audiencia debería preocuparse de reclamar, de las justicias ordinarias de dichos pueblos, que cumpliesen con su cometido de vigilancia ¹⁴⁴. Su siguiente carta de relación a Felipe II, de 15 de marzo de 1572, recogía, al principio, repetido, el contenido de la anterior, de 10 de diciembre de 1571. Añadía que Perafán de Ribera, al ir a descubrir y conquistar en la provincia de Costa Rica, se había empobrecido, y que en aquella gobernación no había hacienda real suficiente para abonarle su salario. Para evitar que sus setenta u ochenta soldados despoblasen Costa Rica, el doctor González le había provisto, como se ha visto más arriba, en el corregimiento de Nicoya, y prestado 500 pesos a sus soldados, a devolver en tres años, de una encomienda vacante situada en la provincia de Nicaragua. Suplicaba del monarca que nombrase como gobernador, no sólo de Cartago y Costa Rica, sino también, por la vecindad, de Nicaragua, a alguien con bienes de fortuna, con posibles, que estuviese en condiciones de mantener a los soldados y pobladores. Denunciaba el presidente-gobernador a los clérigos, finalmente, como malos doctrineros. Introducían mucho desorden en la evangelización de los indígenas, ya que muy pocos conocían su lengua, y muchos sólo querían enriquecerse. De ahí que propusiese, con cierta lógica, que, como ocurría con los frailes, sólo fuesen autorizados a pasar a las Indias aquellos clérigos que hubiesen estudiado en las Universidades de Salamanca o de Alcalá, y que permaneciesen algún tiempo en las iglesias catedrales, bajo la supervisión del obispo, aprendiendo las lenguas indígenas, antes de ser destinados a sus doctrinas o parroquias de indios. También se limitarían las licencias de pase al Nuevo Mundo para los clérigos, a fin de evitar un deseo exclusivo de enriquecerse. Señalaba, por lo demás, que había consignado 600 pesos para concluir la fábrica de la iglesia catedral de Santiago de Guatemala, que todavía mantenía la techumbre de paja ¹⁴⁵.

¹⁴³ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 10, núm. 59. Algunas aportaciones documentales, y ciertas noticias sobre el oficio de juez de milpas, aunque muy escasas sobre el s. XVI, en RUBIO SÁNCHEZ, Manuel, *Los jueces reformadores de milpas en Centroamérica*, Guatemala, 1982, pp. 1-76.

¹⁴⁴ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 111 r-113 v; y MCH, vol. I, núms. 258 y 298, pp. 460-462 y 524-525.

¹⁴⁵ AGI, Guatemala, leg. 9 B, ramo 11, núm. 69.

Una prueba de la buena sintonía que el doctor Antonio González mantenía con los regidores-encomenderos del cabildo de la ciudad de Santiago es una carta de estos últimos, remitida a Felipe II el 15 de octubre de 1573. Tras dar cuenta de la llegada de dos oidores, el doctor Mateo de Arévalo Sedeño y el licenciado Diego García de Palacio, comentaban aquéllos que el nuevo presidente de la Audiencia, el doctor Pedro de Villalobos, había tomado residencia a su predecesor con toda rectitud, y que no habían «resultado culpas graves» contra él ¹⁴⁶. No era cierto. No culpas graves, sino *gravísimas* fueron deducidas contra Antonio González en su juicio de residencia. Sustituido, pues, por el también doctor Pedro de Villalobos como presidente, gobernador y capitán general de la Audiencia Real de Guatemala, formalmente, en 1572, a tenor de una RP de nombramiento del segundo para dicho cargo, expedida en Aranjuez, de 30 de abril ¹⁴⁷, una inmediatamente posterior RC, librada en El Escorial el 26 de mayo de 1572, comunicó a González la orden regia de que retornase a España, a servir su plaza en propiedad de oidor de la Chancillería de Granada. Otra RC, igualmente de 26 de mayo de 1572, esta vez dirigida a los oficiales reales de la caja de Guatemala, mandó seguir abonándole su salario de presidente de la Audiencia, hasta el día en que desembarcase en la Península, en el puerto de Sanlúcar ¹⁴⁸. A su vez, con la misma data de 26 de mayo de 1572, una RP añadida comisionó a Villalobos para tomarle residencia, junto con el oidor Valdés de Cárcamo y el fiscal Arteaga Mendiola. Su plazo de realización era de noventa días, contados a partir de aquel en que fuese pregonada en cada una de las ciudades y villas de españoles de la provincia de Guatemala ¹⁴⁹. Aunque el doctor Antonio González fue designado presidente de la Audiencia Real de la Plata de los Charcas, sita en la ciudad de La Plata (Chuquisaca, hoy Sucre), por medio de una RP, despachada en El Pardo, de 13 de diciembre de 1572, sin embargo, lo cierto es que, como consecuencia de dicho juicio de residencia, llevado a cabo por Villalobos en Santiago de Guatemala, desde los primeros días de marzo de 1573, nunca tomaría posesión el doctor González de dicho cargo ¹⁵⁰. La razón de ello fue que había sido condenado a la pena de privación perpetua del ejercicio de cualquier oficio de justicia en las Indias.

Todas las sentencias de residencia dictadas contra miembros integrantes de las Reales Audiencias americanas, y contra los titulares de las gobernaciones y de las cajas de la real hacienda, durante el período que nos ocupa, tenían que ser presentadas en el Consejo de Indias, que era el órgano competente para dictar la resolución definitiva, a la vista de los autos incoados y de las pruebas practicadas. Dicha resolución había de ser consultada al rey, antes de su publi-

¹⁴⁶ AGI, Guatemala, leg. 41; y *Cartas de Cabildos hispanoamericanos. Audiencia de Guatemala*, t. I, núm. 34, pp. 25-26.

¹⁴⁷ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 124 r-125 v; y MCH, vol. I, núm. 335, p. 582.

¹⁴⁸ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 117 r y v, y 120 v-121 r; y MCH, vol. I, núms. 347 y 348, pp. 589-590.

¹⁴⁹ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 122 v-123 v; y MCH, vol. I, núm. 748, pp. 786-788.

¹⁵⁰ AGI, Charcas, leg. 418; y SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 504.

cación. Sin embargo, desde una consulta de dicho Consejo, de 12 de mayo de 1565, estaba prohibido interponer recurso de suplicación contra las sentencias de residencia, salvo en lo que concernía a los capítulos de los que pudiese resultar privación perpetua de oficio o pena corporal¹⁵¹. El caso es que, como correspondía, los autos de residencia del presidente-gobernador Antonio González llegaron al Consejo de Indias. Por sentencia dictada en éste, en la villa de Madrid, el 25 de noviembre de 1574, fue condenado, como se ha anticipado, a la privación perpetua de todo oficio de justicia en el Nuevo Mundo, y a diversas penas pecuniarias que sumaban unos 1.700 ducados. Los cargos de los que fue hallado culpable eran graves: cohechos, tratos y contratos prohibidos, tablajes públicos de juego en su casa, nepotismo en la provisión de oficios, etc.¹⁵². Tal

¹⁵¹ AGI, Indiferente General, leg. 738, núm. 75; SCHÄFER, E., *op. cit.*, t. II, pp. 151-152; y HEREDIA HERRERA, A., *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1529-1599)*, t. I, núm. 236, p. 118.

¹⁵² AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 1, núm. 12; y AGI, Guatemala, leg. 965. Hasta el punto de que el Consejo de Indias tuvo que expedir, en Madrid, el 18 de enero de 1575, hasta diez RR.CC., dirigidas a la Audiencia de Guatemala, y a su nuevo presidente-gobernador, el doctor Pedro de Villalobos, interesando el cumplimiento de diversos apartados de la sentencia condenatoria de residencia. Haremos referencia a algunas de ellas. Una aludía al cargo número 8, por el que había sido hallado culpable el doctor González, ya que, siendo presidente y gobernador general, había comisionado al oidor Valdés de Cárcamo, con un salario elevadísimo de doce pesos de oro de minas diarios, para ir a tasar y contar el pueblo de Naoling, cuyos encomenderos, en sus tres cuartas partes, era Gonzalo Vázquez de Coronado, casado, como se ha dicho, con una sobrina de Antonio González; y, en la cuarta parte restante, de otro sobrino de éste, llamado Hernán González (AGI, Indiferente General, leg. 524, lib. 1, ff. 65 v-66 v; y MCH, vol. I, núm. 786, pp. 842-844). Según otra RC de 18 de enero de 1575, en relación con el cargo número 8 añadido, había resultado que, teniendo el tesorero de Guatemala, Juan de Castellanos, un depósito de 1.661 tostones y 2 reales, que procedían de ciertas mercaderías salvadas de un navío llamado *Santa Catalina*, cuyo maestre era Juan Bernaldo, que había zozobrado en la Punta del Camarón, pese a que se trataba de una hacienda ajena, el doctor González había firmado libranzas sobre él, hasta consumirla por completo (AGI, Indiferente General, leg. 524, lib. 1, ff. 68 r-69 r; y MCH, vol. I, núm. 789, pp. 847-848). Otra RC de 18 de enero de 1575, con ocasión del cargo 47, ordenaba a Villalobos visitar y volver a tomar las cuentas a Felipe de Texerina, del tiempo en el que éste había sido administrador del hospital real de la ciudad de Santiago de Guatemala. Y es que constaba que Texerina era pariente de González, quien lo había llevado consigo, en su comitiva, desde España, y al que había confiado los empleos de mayordomo, gastador y enfermero del hospital, de modo que todas sus rentas y gastos pasaban por sus manos. Quejosos los pobres enfermos del hospital de los malos tratamientos que les infería Texerina, el cabildo de Santiago había planteado una demanda en la Audiencia, que el doctor González había paralizado, revisando las cuentas de su deudo, que aprobó sin apenas reparo, ni detención en ellas (AGCA, A1.23, leg. 1512, f. 461 r; AGI, Indiferente General, leg. 524, lib. 1, f. 69 r y v; y MCH, vol. I, núm. 790, pp. 848-850). La arbitrariedad del presidente-gobernador había llegado hasta el extremo de entregar la laguna de Amatitlán a los religiosos de Santo Domingo, sin «preceder diligencia alguna, ni citación de la ciudad, ni información, contra el estilo común que se tiene en dar semejantes cosas» (cargo 82), por lo que, otra RC de 18 de enero de 1575 instó a la Audiencia de Guatemala a restituir a los indios aquella laguna de Amatitlán que les había sido quitada, a fin de que siguieran poseyéndola y disfrutándola (AGI, Indiferente General, leg. 524, lib. 1, ff. 70 v-71 r; y MCH, vol. I, núm. 792, pp. 851-852; la cita, en el f. 71 r, y en la p. 852, respectivamente). Una última RC, de dicha data, encargaba a la Audiencia, igualmente, que hiciese justicia en el caso de Blas Corvera. El doctor González había dejado de castigar un delito cometido por él, de haber apaleado a un fraile trinitario (cargo 46), sólo porque la mujer de Corvera, María de Alarcón, era prima de Catalina de Gál-

condena le impedía, desde luego, como se ha dicho, y así fue, ir a desempeñar la presidencia de la Audiencia de Charcas a la que había sido promovido. Pese a su dura condena, el doctor González obtuvo algunas medidas de favor y apoyos, nada despreciables. En primer lugar, los religiosos de San Francisco del convento de Santiago de Guatemala, a través de un escrito de 20 de febrero de 1574, denunciaron al Consejo de Indias que uno de sus compañeros de hábito, fray Gonzalo Méndez, con más de treinta años de servicio entre los indios, había suscrito una relación de capítulos injusta contra el presidente González. Impuesta por algún enemigo de éste, por venganza, parecían haberle engañado para que la firmara. A la vista de este hecho, pedían los frailes que ninguna carta particular de un religioso, tanto procedente del Perú como de la Nueva España, pudiera ser válidamente enviada sin ir sellada con el sello de la provincia de su religión¹⁵³. Pero, más importancia tuvo para Antonio González que una consulta del Consejo de Indias, evacuada en Madrid, de 1 de diciembre de 1576, aprobada por Felipe II —«Está bien ésto»—, propusiera que se le condonasen los 368.149 maravedís que todavía debía de las penas pecuniarias impuestas en su juicio de residencia. La merced de esta remisión le fue concedida en compensación de los cuatro meses que había estado detenido en Sevilla, a la espera de embarcarse para Guatemala, entre marzo y julio de 1569, sin percibir salario alguno¹⁵⁴. Denegado el pago del salario de dichos meses por las vías de justicia y de gobierno, ahora, años después, por la vía de gracia, se accedía a su reclamación.

En todo caso, el mayor favor para el doctor Antonio González fue el de su reincorporación, como oidor, a su anterior, reservado y *amortizado*, destino en la Real Chancillería de Granada, en cumplimiento de la RC, de 31 de mayo de 1568, ya comentada, expedida en su día a su favor. Y ello porque su sentencia de residencia, de 25 de noviembre de 1574, sólo le había condenado a la

vez, esposa de González (AGI, Indiferente General, leg. 524, lib. 1, ff. 72 v-73 r; y MCH, vol. I, núm. 795, pp. 855-856). Estas cédulas, que trataban de restituir los daños ocasionados por el residenciado con su conducta reprobable, poniendo en ejecución la sentencia de residencia de 25 de noviembre de 1574, no agotan la relación de delitos y actos ilícitos cometidos durante su presidencia-gobernación. Así, había provisto como alcalde mayor de la provincia de Honduras, a falta de gobernador de provisión real, a Juan de Soto Pachón, pese a que estaba casado en dicha gobernación. De la caja y fondo de bienes de difuntos había entregado, para los gastos de matalotaje de algunos frailes, ciertas cantidades de dinero, y también había pagado, con cargo a él, un préstamo particular. No le había preocupado vender joyas, esclavos, caballos y vino de Castilla, como si fuera un mercader, a vecinos del distrito audiencial y gubernativo. Había aceptado como teniente de tesorero a un tal Juan de Rojas, cuyo único mérito conocido era el de haberle traspasado ciertas obligaciones. Había comprado al licenciado Briceño unas piezas de plata y dos esclavos, por menos precio del debido, mientras le estaba tomando la residencia. Había dado licencias para ir al Perú, pese a que estaba prohibido por el rey. Había tenido tablaje de juegos en su casa, públicamente, y, comprensiblemente, no había querido castigar a quienes tenían juegos en sus casas. Mostrándose parcial de muchos litigantes, que tenían pleitos pendientes ante la Audiencia, también se había prevalido, en fin, de su cargo, haciendo de —ventajoso— casamentero de sus parientes, y de los de su (segunda) mujer (AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 1, núm. 12).

¹⁵³ AGI, Guatemala, leg. 169.

¹⁵⁴ AGI, Indiferente General, leg. 738, núm. 247.

inhabilitación *perpetua* (luego se verá, también, lo relativo de esta perpetuidad) para ocupar oficios de justicia indianos. Y la plaza de oidor de la Chancillería granadina estaba radicada, obviamente, en los reinos peninsulares de la Corona de Castilla. De este modo, hasta 1584, el doctor González, que llegó a ser decano de dicha Real Chancillería, como también antes se indicó, pasó otros nueve años en este alto órgano jurisdiccional. Nada tiene de extraño, empero, el que Schäfer le pusiera como ejemplo de que las condenas de los juicios de residencia nunca fueron ejecutadas plenamente, aunque hubiesen sido justificadísimas, a la luz de los delitos cometidos, y probados¹⁵⁵. Y ello es así porque, en 1584, cuando apenas habían transcurrido diez años desde la publicación de dicha sentencia de residencia, una RP de 27 de octubre de dicho año le elevó, nada menos que a una plaza de ministro del Real y Supremo Consejo de las Indias¹⁵⁶. Lo que sólo se explicaría, sabiendo que Antonio González contaba, al parecer, con la protección del muy poderoso secretario de Felipe II, Antonio Pérez. Por cierto que, nada más regresar del Reino de Nueva Granada, formó parte González de una junta de consejeros de Indias, letrados y teólogos, que, en una consulta de 15 de mayo de 1600, pidió la supresión de los repartimientos de indios para trabajar en las minas. Una petición que había impulsado el dominico fray Juan Ramírez, obispo electo de Guatemala, bajo el patrocinio del confesor de Felipe III, fray Gaspar de Córdoba¹⁵⁷.

No se limitó el doctor Antonio González a ser un simple –uno más– consejero de Indias, sino que gozó de cierta confianza, o al menos respeto inicial, luego enturbiado por los acontecimientos, como se verá, por parte del entonces presidente de este Real Consejo, el licenciado Hernando de Vega y Fonseca. Pese a su condena de inhabilitación *perpetua*, una RP, expedida en El Escorial, de 8 de octubre de 1587, le nombró, además de visitador, presidente, gobernador y capitán general de la Audiencia y distrito del Nuevo Reino de Granada, sita en la ciudad de Santa Fe de Bogotá¹⁵⁸. Como consta en un traslado de esta provisión regia, sacado por Francisco de Hoyos, escribano real y de las comisiones particulares del doctor González, en Santa Fe, el 18 de abril de 1595, el licenciado Juan Bautista Monzón, oidor de la Audiencia de Lima, había sido nombrado, en 1578, visitador general –el primero– de las provincias del Nuevo Reino, con el encargo de acabar con los excesos allí cometidos por los gobernadores anteriores, en materia de gobierno, administración de justicia y hacienda. En su visita, llevada a cabo entre 1579 y 1580, cometió Monzón graves

¹⁵⁵ SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 152-153.

¹⁵⁶ Archivo General de Simancas (AGS), Quitaciones de Corte, leg. 8; y SCHÄFER, E., *op. cit.*, t. I, p. 356.

¹⁵⁷ SCHÄFER, E., *op. cit.*, t. II, pp. 326-327, y nota núm. 68.

¹⁵⁸ AGI, Santa Fe, leg. 258, lib. 1, ff. 126 r-137 r; AGI, Santa Fe, leg. 535, lib. 6, ff. 236 r-238 v; e *Ibid.*, t. II, p. 498. En esta RP de 8 de octubre de 1587 se especificaba que ejercería el cargo de presidente-gobernador general con las mismas facultades de las que gozaban los virreyes del Perú y de la Nueva España, durante todo el tiempo que residiese en aquellas provincias. Y también se precisaba que su nombramiento lo era con reserva de la plaza de consejero de Indias, a la que se reincorporaría –lo que recordaba tiempos pasados– cuando concluyese su visita, y retornase a la Península Ibérica.

delitos, participó en muchas intrigas, y fue condenado por el Consejo de Indias, en sentencia de 23 de febrero de 1589, a más de ocho años de suspensión en su oficio, y a 4.000 ducados de multa. El licenciado Prieto de Orellana sería el segundo visitador del Nuevo Reino, pero, también su actuación se vio teñida por las pasiones y discordias entre los vecinos¹⁵⁹. De ahí que el nuevo visitador general fuese un consejero de Indias, con la misión de asentar definitivamente la paz y el orden en aquellas tierras, y, en particular, de quitar las encomiendas a los que fuesen poseedores irregulares de las mismas, suspender los títulos indebidos de acrecentamiento de *vidas* o sucesores en tales encomiendas, y restituir a la caja de la real hacienda los frutos y tributos cobrados ilegalmente en dichos repartimientos de indios, de conformidad con sus regias instrucciones, que le serían extendidas el 25 de mayo de 1588, junto con dos posteriores RR.CC. más, de 3-VI y de 17 de agosto de 1588¹⁶⁰.

Buen conocedor, no sólo de la administración de justicia y del gobierno en el Nuevo Mundo, sino también de la concreta situación por la que atravesaba el Reino de Nueva Granada, y de sus concretas circunstancias, y centros de poder¹⁶¹, el doctor Antonio González se embarcó, por segunda vez en su vida, para las Indias, y, tras una penosa y accidentada navegación, durante la cual tuvo que hacer frente a un ataque de corsarios, a un temporal y a la falta de agua, llegó al puerto de Cartagena el 6 de mayo de 1589. Según consta por su carta de 2 de agosto de ese mismo año, su estancia en dicha ciudad duró más tiempo del que había previsto, a causa del aviso de peligro de una incursión de corsarios ingleses que se había recibido, precisamente cuando el puerto se

¹⁵⁹ AGI, Santa Fe, leg. 56 A, núm. 20.

¹⁶⁰ AGI, Indiferente General, leg. 606, libro de arbitrios, ff. 87 r-89 r; y AGI, Santa Fe, leg. 528, lib. 1, ff. 120 r-137 v y 140 v-143 v.

¹⁶¹ Antes de partir hacia su nuevo destino, Antonio González presentó un memorial en el Consejo de Indias, en Madrid, el 24 de diciembre de 1587, en el que pretendía que los seis gobernadores y las seis gobernaciones incluidas dentro del distrito gubernativo de la Audiencia neogranadina (Cartagena, Santa Marta, Antioquia, los Museos y Colimas, Santa Fe y Popayán) quedasen subordinadas a su gobierno superior, como presidente-gobernador y capitán general que era, por comisión regia, como se hacía en el Reino de Nápoles y en el Virreinato del Perú, y así evitar conflictos —«encuentros»— con sus titulares respectivos. Manifestaba González en su memorial que ya el Consejo de Indias se había opuesto a su petición, y que el presidente, el licenciado Hernando de Vega, no había querido que estuviese presente en la vista del negocio. Y ello porque —denunciaba el doctor González— el gobernador de Cartagena, Pedro de Lodeña, era «huésped» del presidente, y el gobernador de Popayán, Diego Ordóñez de Lara, deudo del licenciado Diego Gasca de Salazar, consejero de Indias (IVDJ, envío 78, núm. 34). Pese a lo cual, este Real Consejo consultó, el 30 de diciembre de 1587, que tal pretensión era perniciosa para el buen gobierno de aquellas tierras, puesto que los gobernadores ya estaban sujetos a la Audiencia de Santa Fe en materia de justicia. Se le recordaba, además, que había sido nombrado visitador por la poca conformidad que existía, con ocasión de las anteriores visitas, entre los oidores de la Audiencia, y no porque existiesen diferencias entre ésta y los gobernadores (IVDJ, envío 78, núm. 35). Por su parte, el presidente Hernando de Vega, en un parecer particular emitido también el 30 de diciembre de 1587, valoró como muy razonable lo consultado por el Consejo de Indias, ya que el régimen de gobernadores independientes también existía en Guatemala, en Yucatán y en otros lugares del Nuevo Mundo (IVDJ, envío 78, núm. 36). En su resolución real, de 31 de diciembre de 1587, Felipe II aprobó tanto la consulta como el parecer del presidente, y ordenó que así le fuese respondido al doctor González (IVDJ, envío 78, núm. 35).

hallaba casi sin ninguna defensa. Al haber desembarcado en compañía del nuevo virrey del Perú, García Hurtado de Mendoza, ambos acordaron visitar las fortificaciones, y decidieron levantar un fuerte, con gran cantidad de artillería, en Bocagrande, considerando suficiente una torre en Bocachica, con seis u ocho piezas de artillería, ya que era una entrada sólo para navíos de poco calado. Respecto de la ciudad, fueron partidarios de cercarla y fortificarla en un círculo, aproximado, de 4.800 pies, que incluyese las casas y edificaciones más importantes¹⁶². Estas construcciones de defensa, finalmente, quedarían sin ser ejecutadas, y Cartagena seguiría a expensas de la cobertura que le proporcionasen algunas pocas galeras, y la tropa que cedían los capitanes y generales de las armadas de los galeones de Tierra Firme¹⁶³. Aprovechó el doctor González los ocho meses de detención forzada en Cartagena, no obstante, para elaborar unas ordenanzas reguladoras de las encomiendas, destinadas a los partidos de Cartagena (datadas en la misma ciudad de Cartagena, el 19 de diciembre de 1589) y de Tolú (en la villa de Tolú, a 30 de diciembre de 1589). Como complemento de las mismas, dictó dos autos. Uno, también en la ciudad de Cartagena, el 8 de enero de 1590, que ordenaba a todos los vecinos de la gobernación cartagenera que registrasen, ante el gobernador o su teniente, los indios de servicio que tenían en sus casas o en sus estancias de ganado, al objeto de averiguar quiénes estaban trabajando en contra de su voluntad, y que pudiesen, así, ser devueltos a sus pueblos de origen. Si, por el contrario, preferían quedarse, se les tasaría el tiempo que podían permanecer de servicio, y su salario, con un límite mínimo de edad, para los varones indios de dieciocho años, y de veinte para las mujeres. Ya de camino hacia Santa Fe, en Tolú, el 28 de enero de 1590, dictó el segundo auto. Prohibía a los encomenderos del partido que pudiesen poner a sus hijos como mayordomos de sus encomiendas, y que los hijos de los encomenderos, al igual que sus padres, pudiesen residir en los pueblos de indios, para evitar probables abusos. Las tasaciones de tributos previstas en sus ordenanzas fueron llevadas a cabo, las del partido de Cartagena, igualmente el 19 de diciembre de 1589, y las de Tolú, que suscribió en la ciudad de Cartagena, el 30 de diciembre de 1589¹⁶⁴. También en el camino de Cartagena a Santa Fe, al pasar por la villa de Mompo, hizo promulgar otras ordenanzas, de 17 de febrero de 1590, ahora para que quedase regulada la boga en el río Magdalena¹⁶⁵.

¹⁶² AGI, Santa Fe, leg. 17, ramo 3, núm. 116.

¹⁶³ BORREGO PLÁ, María del Carmen, *Cartagena de Indias en el siglo xvi*, Sevilla, 1983, pp. 74-77, 88 y ss., 227-237 y 273.

¹⁶⁴ AGI, Patronato, leg. 126, ramo 24. Dado el gran desorden que advirtió en los títulos de posesión de encomiendas en el partido de Cartagena, decidió, así mismo, llevar a cabo una *composición* de encomiendas a finales de ese mismo año de 1589. Ello significaba que el encomendero que careciese de título legítimo de posesión de su encomienda, por haberla obtenido irregularmente (por venta, traspaso, *dejación*, apropiación indebida), debía abonar o satisfacer una determinada cantidad de dinero a la corona, al objeto de regularizar su situación. El que no pudiese abonar tal cantidad, perdía su encomienda.

¹⁶⁵ AGI, Patronato, leg. 126, ramo 24. A fin de evitar el despoblamiento en las márgenes del Río Grande de la Magdalena, ya que los indios ribereños eran obligados a prestar este servicio personal de boga en canoas y otras embarcaciones, fueron redactadas las ordenanzas, que eran una copia fiel de otras dictadas con anterioridad, en 1576, por la Audiencia de Santa Fe. Un servi-

Pese a las mejoras que suponían para los naturales, como siempre, la aplicación de las ordenanzas y tasaciones (o retasaciones) de Antonio González dejó mucho que desear, aunque, aparentemente, no en todos los casos por su culpa. Así, Hernando Navarro, protector de los indios del partido de Tolú, en una carta elevada al monarca, de 10 de octubre de 1597, se quejaría de que dichas disposiciones del visitador, gobernador y capitán general del Nuevo Reino habían fracasado. Y ello por el desinterés del entonces gobernador de la provincia de Cartagena, Pedro de Acuña, en hacerlas cumplir¹⁶⁶. En cualquier caso, podía informar el doctor González al rey, y a sus compañeros del Consejo de Indias, el 12 de mayo de 1592, desde Santa Fe, que había autorizado *composiciones* (*sanando* su origen irregular) nada menos que sobre 54 encomiendas, montando lo recaudado en tal concepto 14.203 ducados, que había que sumar a los 26.009 correspondientes a las composiciones realizadas en la gobernación de Cartagena. Un año después, el 21 de mayo de 1593, comunicaba que las composiciones de aquel período habían alcanzado un monto global de 12.595 ducados, pertenecientes a 37 encomiendas; y otras 37 encomiendas fueron objeto de composición hasta el mes de mayo de 1594, según informaba en misiva, escrita en Santa Fe, del día 20 de ese mismo mes y año, que sumaban otros 6.407 ducados adicionales¹⁶⁷. En suma, el sistema de composiciones aportaba al fisco regio unos saneados ingresos, que le fueron agradecidos haciéndole llegar una RC, extendida en El Escorial el 11 de agosto de 1593, que le felicitaba por su labor de recaudación de arbitrios¹⁶⁸.

A finales del mes de marzo de 1590, tras los referidos ocho meses de detención en Cartagena, el doctor Antonio González entró en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, y, como hacía relación en sendas cartas, remitidas a Felipe II y a Juan de Ibarra, secretario del Consejo de Indias, el 7 de mayo de 1590, tomó posesión de sus cargos de presidente, gobernador y capitán general de la Audiencia y distrito del Nuevo Reino de Granada¹⁶⁹. Una vez hecha la residencia, suspendido en su oficio y enviado preso a España el doctor Francisco Guillén Chaparro, oidor de la Audiencia, González comenzó a poner en práctica los mandatos contenidos en sus reales instrucciones de 25 de mayo de 1588. Escasas semanas después, en mayo de 1590, ordenó a otro oidor, el licenciado Gaspar de Peralta, que iniciase

cio de boga que permitía transportar mercaderías de todo tipo (alimentos y frutos de la tierra, principalmente), y las manufacturas descargadas por los galeones de Tierra Firme, entre Cartagena y Mompox, y el retorno. Las ordenanzas de Antonio González, de 17 de febrero de 1590, incrementaron, en términos generales, la tasación del transporte, a fin de que el indígena bogador viese aumentado su salario, puesto que cobraba en proporción al flete. También fueron concedidos ciertos beneficios a los encomenderos que utilizasen esclavos negros en las canoas.

¹⁶⁶ AGI, Santa Fe, leg. 93.

¹⁶⁷ AGI, Santa Fe, leg. 17; GARCÍA HERREROS, Guillermo Ramón, «Encomiendas en el Nuevo Reino de Granada durante el período presidencial del doctor Antonio González (1590-1597)», en *Universitas Humanística*, Bogotá, 5 (1973), pp. 135-237; y EUGENIO MARTÍNEZ, M. A., *Tributo y trabajo del indio en Nueva Granada. (De Jiménez de Quesada a Sande)*, pp. 91-113, 165-169, 506-508, 523-528 y 540-546.

¹⁶⁸ AGI, Indiferente General, libro de arbitrios, ff. 29 v-30 r.

¹⁶⁹ AGI, Santa Fe, leg. 60, ramo 2, núm. 38.

la visita de la provincia de Tunja; comenzando la de Santa Fe, a principios de 1591, un tercer oidor, el licenciado Bartolomé Ferráez de Porres –que sería sustituido, al morir éste el 8 de mayo de 1591, por el mismo Peralta–, acompañado del fiscal, el licenciado Bernardino de Albornoz. También en sus primeros meses, tras su toma de posesión, Antonio González elaboró otras ordenanzas, de 18 de abril de 1590, en este caso, reguladoras del servicio personal de los llamados indios *mitayos*, que eran los que servían a los vecinos españoles pobres de la ciudad de Santa Fe, llevándoles agua, leña, hierba y otras cosas menudas que, por su condición hidalga y la índole del servicio, no podían hacer personalmente, pero que, por su pobreza, tampoco podían encomendar a esclavos, que no tenían. Al objeto de evitar abusos, ya que estos vecinos les obligaban a cargar piedras, adobe, tierra, maderos grandes, etc., no para el servicio de sus casas, sino para revenderlas como granjería, González mandó pregonar sus ordenanzas, que prohibían tales excesos, y fijaban un salario para los indígenas¹⁷⁰. En enero de 1591 visitó, personalmente, las minas de plata de Mariquita, como informó en varias cartas, entre ellas, las de 3 y 30 de mayo de 1591, haciendo construir seis ingenios de moler metal con agua, caballos y a mano. Ya en una relación previa, de 7 de mayo de 1590, había considerado imprescindible nombrar en ellas un administrador, un alcalde de minas, un veedor que las visitase, y un escribano que residiese en los términos de Santa Águeda y Mariquita¹⁷¹. Por medio de diversas, y sucesivas, cartas, de 12 de mayo de 1592, 21 de mayo de 1593, 20 de mayo de 1594 y 20 de enero de 1595, el doctor González pidió licencia, insistentemente aunque sin resultado, para que todos los repartimientos *en cabeza* del rey, esto es, incorporados a la corona, de menos de cien indios y poco aprovechamiento, fuesen encomendados a particulares por *dos vidas*, tras servir con una moderada composición, equivalente a su tributo anual. De esta forma, se cubriría también el coste de su doctrina. A él también se debieron, precisamente, una ordenanzas para corregidores de indios, que redactó el 22 de septiembre de 1593, y que fueron confirmadas por una posterior RC, dada en Madrid, de 21 de enero de 1594¹⁷². A partir de entonces, estos corregidores de naturales debían vigilar el estado de las doctrinas, y la actuación de los sacerdotes o párrocos indígenas encargados de ellas. En su citada carta de 20 de enero de 1595, González informaba al Consejo de Indias de las bondades del establecimiento de los corregidores de naturales. Sin su presencia –concluía, tajante–, los indios volverían a estar en manos de sus tres jueces habituales: el encomendero, que los maltrataba, y abusaba de ellos; el clérigo o religioso doctrinero; y el alcalde ordinario, quien, como generalmente era dueño de alguna encomienda, les obligaba a trabajar en ella, por lo que era muy aborrecido¹⁷³.

Permaneció el consejero Antonio González más de diez años en el Nuevo Reino de Granada. Aunque una RC de 9 de noviembre de 1596 le otorgó licencia para retornar a España, de acuerdo con dos consultas favorables del Conse-

¹⁷⁰ AGI, Santa Fe, leg. 1250, núm. 67.

¹⁷¹ AGI, Santa Fe, leg. 60, ramo 2, núm. 38.

¹⁷² AGI, Santa Fe, leg. 528, lib. 1, ff. 174 v-181 v.

¹⁷³ AGI, Santa Fe, leg. 17, ramo 3, núm. 116.

jo de Indias, de 22 de diciembre de 1595 y de 18 de enero de 1596, su regreso se retrasó hasta principios del año 1600¹⁷⁴. No se reincorporó a su plaza del Consejo de las Indias, concretamente, hasta el 26 de febrero de 1600. Fue sustituido por el doctor Francisco de Sande, designado presidente-gobernador de la Audiencia neogranadina mediante una RP de 25 de abril de 1596¹⁷⁵. De este modo, Sande seguía los pasos de González, no sólo en la Audiencia de Guatemala, sino también en la de Santa Fe. La conveniencia de comisionar al doctor Sande para que le visitase, y tomase residencia a sus oficiales, lugartenientes y criados, fue propuesta por el Consejo de Indias, a Felipe II, en dos sucesivas consultas, de 19 y de 30 de mayo de 1596, siendo resuelta, en tal sentido, la segunda, mostrándose favorable el monarca al parecer de los consejeros, pero, con la advertencia de que el visitado podía salir de su destino antes de que llegase el visitador, quien debería actuar en su ausencia¹⁷⁶.

En su sentencia de visita, pronunciada por el Consejo de Indias contra el doctor Antonio González a finales de 1602, se le hizo cargo de haberse extralimitado, e infringido, el régimen de composición de encomiendas que le había sido confiado, de acuerdo con sus reales instrucciones de 25 de mayo de 1588¹⁷⁷. El

¹⁷⁴ AGI, Santa Fe, leg. 1, núms. 131, 131 a y 131 b; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1529-1599)*, t. II, núms. 2616, 2642 y 2654, pp. 204, 211 y 214.

¹⁷⁵ SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. I, pp. 111 y 185, nota núm. 1; y t. II, p. 498.

¹⁷⁶ A la primera consulta, de 19 de mayo de 1596, Felipe II respondió al Consejo de Indias: «Avíseme qué causas e inconvenientes hay para no cumplirle lo que le está prometido, y mírese si sería mejor dexasle salir de allí, antes de comenzar su visita» (AGI, Indiferente General, leg. 743, núm. 249; y HEREDIA HERRERA, A.: *op. cit.*, t. II, núm. 2775, p. 248). Al resolver, diez días después, la segunda consulta, de 30 de mayo de 1596, Felipe II reiteró: «Por lo que toca a su persona (*la del doctor Antonio González*), le dexen salir de su gobierno, y después haga el visitador sus diligencias» (AGI, Indiferente General, leg. 743, núm. 250; e *Ibid.*, t. II, núm. 2795, p. 254). No en vano se trataba de la visita de un consejero de Indias, cuya distinción y rango jerárquico, y dada su condición de depositario de una merced real, y de beneficiario de la gracia regia, visible en el otorgamiento, en su día, de una plaza en el Consejo de Indias, requerían preservarles de cualquier ataque que menoscabase su dignidad, e indirectamente, además de la de la suprema institución a la que pertenecía, por encima de todo, la regia.

¹⁷⁷ AGI, Justicia, leg. 319, ff. 145 r-158 v. Según dicha sentencia de visita, las reales instrucciones de 25 de mayo de 1588 le habían comisionado para confirmar encomiendas poseídas irregularmente, o aceptadas sin comprobación por parte de anteriores presidentes-gobernadores y gobernadores de las diferentes provincias del distrito audiencial neogranadino. Pero, no para que, por ejemplo, contra lo permitido por la legislación regia, los encomenderos, al irse a España o a otros lugares del Nuevo Mundo, siguieran haciendo *dejación* de sus encomiendas en manos de terceros –en realidad, ventas encubiertas–, o bien las traspasasen a sus hijos, hermanos o demás parientes, a fin de que no pasaran a la corona. Estas *dejaciones*, efectuadas bajo el mandato de los anteriores gobernadores, eran las que debían ser *sanadas*, a cambio de un provechoso arbitrio o *composición*, y era para lo que había sido comisionado el visitador, y presidente-gobernador, el doctor González. Lo que había acontecido, en cambio –y éste era el principal cargo formulado contra él, durante la visita de Francisco de Sande–, era que Antonio González, durante su presidencia-gobernación, había permitido que subsistiese la viciosa corruptela de las *dejaciones*, y también los acrecentamientos de *vidas*, es decir, alargar una vida más la encomienda, en beneficio del heredero de su titular, quien, a su vez, la había recibido ya en sucesión. Se defendió de este cargo el doctor González, asegurando que beneficiaba a la hacienda del rey cobrar composiciones por tales *dejaciones* de encomiendas, y que, además, sólo las había autorizado cuando recaían sobre hijos,

doctor Sande le acusó de haber autorizado la *composición* (por dejación, venta, trueque, acrecentamiento de vida u otro título reprobado) de más de 240 encomiendas. Además de los 90 oficios vendidos sin pregones, sin admitir posturas y pujas, todos a precios bajos, en perjuicio de la real hacienda. El mismo González reconoció, en 1598, por carta pergeñada en Cartagena, el 7 de julio, que debería haber elevado más los precios de las composiciones de encomiendas, y de las ventas de oficios. En la sentencia de la visita, el fiscal del Consejo de Indias, licenciado Juan Roco de Villagutierre Chumacero, se reservó el derecho de proceder contra los poseedores de esas 240 encomiendas concedidas y *compuestas* por Antonio González, y de aquellos 90 oficios vendidos¹⁷⁸. Por todo ello, se comprende fácilmente la preocupación que transmite el visitado en su testamento de 8 de julio de 1602, cuando todavía no había sido dictada la sentencia de su visita, y rogaba a sus albaceas que instasen su determinación, puesto que dicha visita ya había sido vista en el Consejo de Indias. De este modo, entendía que había de quedar justificado, y en condiciones de recibir nuevas mercedes reales, puesto que se reafirmaba en la integridad y acierto de su conducta como presidente-gobernador de la Audiencia del Reino de Nueva Granada:

«Y si [h]oy, en la traza que estoy, que es de dar cuenta a Dios de mi vida, se me bolbiere a encargar y cometer, las mismas cosas hiçiera en ellas, lo mismo que entonçes hiçe, por entender que convenía así, y que hacía lo que soy obligado»¹⁷⁹.

yernos o nietos de conquistadores o antiguos pobladores de la tierra, o lo que era lo mismo, siempre en personas beneméritas. Tuvo que ordenarle una RC, despachada en Madrid el 21 de enero de 1594, sin embargo, que revocase todo lo que había permitido hacer, en este sentido. Y su visitador, el doctor Sande, por otra RC, expedida en El Escorial, de 19 de septiembre de 1596, fue especialmente encargado de averiguar lo que había hecho su antecesor en materia de composiciones y acrecentamientos de vidas, a quiénes las había concedido, en qué precios, y, si en ellas, o en la venta de oficios, había sido hecha almoneda pública [EUGENIO MARTÍNEZ, M. A.: *Tributo y trabajo del indio en Nueva Granada. (De Jiménez de Quesada a Sande)*, pp. 103-104 y 113 y ss.].

¹⁷⁸ SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 152-154. Eso sí, luego el fiscal advertiría al rey, Felipe III, por carta de 4 de noviembre de 1602, que quitar dichas encomiendas y oficios a sus detentadores, al ser muchos los vecinos afectados en el Nuevo Reino, podría poner en peligro la paz general, a lo que se unía el quebranto económico de tener que devolverles el dinero que habían pagado por la composición. La mejor solución sería, desde luego, hacer una nueva composición, de la que se podrían obtener más de 100.000 ducados. En un principio, no obstante, fue desoída la propuesta del fiscal Roco de Villagutierre. Dispuso una RC de 17 de julio de 1603 que las mentadas encomiendas fuesen restituidas a la corona, y los oficios pregonados y rematados. Las protestas de los irregulares poseedores de las encomiendas no se hicieron esperar, suplicando una nueva composición, para así resolver el problema. El sucesor del doctor Sande al frente de la Audiencia de la Nueva Granada, Juan de Borja, que había sido nombrado como tal por RP de 11 de agosto de 1604, fue comisionado, a su vez, a través de una RC, extendida en Aranjuez, de 24 de abril de 1606, para que, realizadas las oportunas diligencias e informaciones, negociase el importe de la composición con cada encomendero afectado, y confirmase, mediante esta segunda composición o entrega de dinero, las encomiendas que tiempo antes había otorgado y confirmado, por su parte, tras una primera composición, el doctor Antonio González [EUGENIO MARTÍNEZ, M. A.: *Tributo y trabajo del indio en Nueva Granada. (De Jiménez de Quesada a Sande)*, pp. 115 y ss.].

¹⁷⁹ AHP, Protocolo 2109, f. 1067 r.

Falleció el doctor Antonio González en la villa de Valladolid, a la que, como se sabe, se había trasladado la corte de Felipe III y de su valido, el duque de Lerma, desempeñando su plaza de ministro del Real Consejo de las Indias, el 9 de julio de 1602¹⁸⁰. En una consulta acordada al día siguiente, 10 de julio de 1602, los consejeros de Indias, sus colegas, suplicaron al monarca que los servicios del difunto, tan antiguos y tan continuados hasta el día de su muerte, alcanzasen una justa remuneración¹⁸¹. Y así fue. El licenciado Roco de Villagutierre, que había dejado de ser fiscal, ascendiendo a consejero de Indias, comunicó a Felipe III, el 2 de noviembre de 1602, haber cumplido la orden regia de quitar la demanda que tenía interpuesta contra la heredera del doctor González, su hija María González y del Palacio, reclamándole que afianzase el pago e indemnización de los daños que representaban tres capítulos o cargos de su residencia como presidente-gobernador y visitador del Nuevo Reino de Granada, en los que había habido reserva contra su actuación y conducta. La demanda había sido quitada tras celebrar un concierto o convenio con dicha heredera, y se refería, lógicamente, a la cuestión de las irregulares encomiendas otorgadas por su padre, el causante, doctor Antonio González, y objeto de composición:

«Y nos ha parecido es servicio de Vuestra Magestad, de haçerle y efectuarle, sirviendo allá a Vuestra Magestad con 3.000 ducados que últimamente ofrece, teniendo consideración a que serán muy malos de averiguar estos daños [...], y que no toca a la condenación principal de la visita, que está ya ejecutada y pagada»¹⁸².

Sólo resta hacer referencia, necesariamente breve, puesto que, como se ha indicado, figura íntegramente transcrito en el *Apéndice documental I*, al que me remito, al contenido de su disposición de última voluntad, el conocido testamento cerrado, protocolizado el 8 de julio de 1602. No pudo concluir Antonio González su redacción, pues, gravemente enfermo, el penúltimo párrafo o apartado figura escrito por mano ajena, y distinta a los anteriores, y al último párrafo. Por cierto, es significativo que, en él, el moribundo doctor González insistiese en reiterar la idea capital, y central, que recorre todo él, constituyendo la principal de las voluntades *mortis causa* que quería dejar bien reafirmadas: que nombraba por heredera única y universal a su hija, María

¹⁸⁰ AHP, Protocolo 2109, f. 1070 r y v. Acerca de la *mudanza* de la Corte de Felipe III, de Madrid a Valladolid, entre 1601 y 1606, la vida cotidiana, los festejos y las ceremonias en la villa castellana del río Pisuerga, y, sobre todo, las vicisitudes de los Reales Consejos trasladados a ella, véanse PINHEIRO DA VEIGA, Tomé: *Fastiginia. Vida cotidiana en la Corte de Valladolid (1605)*, traducción y notas de Narciso Alonso Cortés, reedic. facsimilar, Valladolid, 1989 (1.ª ed. y traducción parcial de Pascual de Gayangos, Madrid, 1884; 1.ª ed. y traducción completa de N. Alonso Cortés, Valladolid, 1913-1916); y ESCUDERO, José Antonio: «El traslado de la Corte a Valladolid» y «La Corte de España en Valladolid: los Consejos de la Monarquía a principios del siglo XVII», en su colectánea de estudios titulada *Administración y Estado en la España Moderna*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 1999, pp. 255-273 y 483-511.

¹⁸¹ AGI, Indiferente General, leg. 747; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1600-1604)*, Sevilla, 1983, núm. 869, p. 217.

¹⁸² SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 153, nota núm. 264.

González¹⁸³. Es más, se desprende de todas sus cláusulas el amor que profesaba a su hija, que debía ser mutuo, puesto que se había hecho cargo de la educación, en su casa de la villa sevillana de Osuna, de su hermanastro, hijo natural de su padre, el joven Juan González. Y ello porque, no sólo algunas disposiciones espirituales quedaban, a la hora de ser cumplidas, al arbitrio de María González (en la forma y lugar de entierro de su padre, en algunos supuestos; en la ejecución de algunas mandas y limosnas, tanto en las personas beneficiarias, como en la cuantía de su reparto; en el desarrollo de la memoria pía y fundación de capellanías que quedaban instituidas), sino porque la más importante de las cláusulas testamentarias, la constitución de un vínculo perpetuo con todos los bienes que el doctor González había ganado durante sus años de servicio al rey, quedaba también condicionado a la voluntad de su hija. Dichos bienes habrían de quedar vinculados en la persona de María González, y de sus descendientes, por línea recta de varón, o de mujer en su defecto, pero, si ella prefería heredar libremente, sin cargas, ni gravámenes, no se constituiría vínculo alguno. Eso sí, puesto que los padres de su esposo, Francisco Linero y Maqueda, yerno de Antonio González, habían vinculado muchos bienes en favor de los hijos del matrimonio, no quería el doctor González que ambos vínculos se uniesen. El nieto mayor, en su caso –no había nacido todavía ninguno–, habría de elegir cuál de los dos prefería, y bien él, o el segundogénito, si el primogénito renunciaba, al suceder en su vínculo, quedaban obligados a llevar sus apellidos y armas, para que «mi memoria mexor se conserve»¹⁸⁴. En el supuesto de que su hija María González muriese sin descendencia, quería el causante que todos sus bienes fuesen vendidos, y el importe que se cobrase de la herencia llevado a su villa natal de Pedraza de Campos, donde se metería en un arca de tres llaves, custodiado por los dos alcaldes ordinarios y el cura mayor, que percibirían por esta comisión 3.000 maravedís anuales, cada uno. Lo que permitiría fundar una memoria pía por su alma, las de sus antepasados, y la de su hija.

Consistiría dicha memoria pía en cuatro capellanías, de 40.000 maravedís de salario y estipendio anual cada una, radicadas en la capilla que se habría de construir en la iglesia mayor de Pedraza, donde podrían ser enterrados sus parientes; en un pósito de trigo y cebada, que se instalaría en las casas donde Antonio González había nacido, y que eran de su propiedad, por haberlas comprado a sus sobrinos; en tres ayudas económicas, de 100 ducados anuales, para que estudiasen «latín y facultad» los parientes pobres de su linaje, durante doce años, o más tiempo, a juicio de los alcaldes ordinarios y del cura, tenedores de los bienes de la memoria pía, si alguno de ellos tenía capacidad para ingresar en uno de los Colegios Mayores de Salamanca, Valladolid o Alcalá; y, en lo que restare de las rentas y bienes de dicha memoria, cuatro dotes para parientes huérfanas de su linaje, también de 100 ducados cada una. Tanto en los estudios como en las capellanías había un orden claro de llamamientos y preferencias: primero, su hijo natural Juan González, que estaba destinado a ser clérigo; des-

¹⁸³ AHP, Protocolo 2109, ff. 1067 v-1068 r.

¹⁸⁴ AHP, Protocolo 2109, f. 1062 r.

pués, su sobrino Blas González, hijo de su hermano Blas González, igualmente destinado a la clerecía; en tercer lugar, el bachiller Andrés González, sacerdote; y, en último lugar, a falta de otros deudos sacerdotes o estudiantes, el bachiller Melchor de Arce, que también era sacerdote¹⁸⁵. Por otra parte, fundaba el doctor González dos capellanías, «por mi alma, y por la de mis padres, y parientes y difuntos», de 200 misas rezadas cada año, en la iglesia parroquial de San Cebrián de la villa de Pedraza de Campos, sostenidas con 200 ducados de renta anual. Los patronos de estas capellanías y memorias eran su hija María González, su yerno, Francisco Linero y Maqueda, y Pedro Martín González, vecino de Pedraza, y sus hijos varones, o hijas en su defecto, que les sucediesen. Los capellanes que nombraba eran el bachiller Diego González, y su bienamado sobrino, Blas González. Puesto que este último todavía no era clérigo presbítero, hasta que lo fuese, sería capellán quien ya lo era, el bachiller Melchor de Arce. A todas las capellanías, desaparecidos los capellanes nombrados *ex testamento*, podrían acceder, primero, los hijos y nietos de su hermano Juan González; después, a falta de ellos, los de su hermano Blas González (excepción hecha, por supuesto, de su sobrino Blas González, contemplado ya en el llamamiento directo); en tercer lugar, los descendientes de su hermana Lucía González; y, en cuarta y última previsión, los de otra hermana, Ana González¹⁸⁶.

Por lo que se refiere a las disposiciones espirituales, antes de aludir al resto de las materiales, deben ser recordadas las principales. La elección de sepultura del doctor Antonio González recaía en el convento de San Francisco del lugar donde falleciese, siendo luego sus restos mortales trasladados «a la parte y sepultura que doña María González y del Palacio, mi hija, o los demás albañeces ordenaren, si yo no lo dexare ordenado y declarado en este mi testamento», como así ocurrió. El ceremonial funerario, que detalla *grosso modo*, tendría que ser, «no con demasiada pompa, sino conforme a lo que en la parte donde falleciere se acostumbre, y a la calidad de mi persona»¹⁸⁷. Junto a las ofrendas y gastos de entierro eran contempladas las demandas de misas, numerosas, y diversas limosnas (para tomar la bula de la Santa Cruzada, en favor de parientes pobres, ropa de luto y comida durante un mes para sus criados): 2.000 misas rezadas por su alma, distribuidas teniendo en mente los monasterios de la villa y corte de Valladolid (400 en San Pablo, 400 en San Francisco, 400 en San Agustín, 400 en los Carmelitas Descalzos, y 400 en la Victoria); 400 por el alma de sus padres, y de sus dos esposas fallecidas; 300 por el ánima de su hijo difunto, Antonio González y del Palacio; 100 por las ánimas del purgatorio; otras 100 por el alma de su hermano Toribio González, del que había sido heredero; y 50 por su ángel de la guarda, que, junto con las de su hermano difunto, debían ser celebradas en la iglesia mayor de Pedraza de Campos. A continuación, ya entre las disposiciones materiales, venía la relación de sus mandas, de pequeña y mediana cuantía casi todas: de 100 ducados para ornamentos de dicha iglesia de Pedraza; 50 ducados en reales para una monja pro-

¹⁸⁵ AHP, Protocolo 2109, ff. 1062 v-1063 v.

¹⁸⁶ AHP, Protocolo 2109, f. 1064 r y v.

¹⁸⁷ AHP, Protocolo 2109, f. 1059 r.

fesa del convento de la Concepción, de San Francisco, de la villa de Madrid, llamada Juana Osorio, para que rogase por su alma; 150 ducados para Juliana González, su hermana, que había estado casada con el difunto Llorente Sellés; 40 ducados para Juana de Torres, antigua criada de Juana de Chinchilla, que había pasado con él a Guatemala, y a quien su difunta esposa, Catalina de Gálvez, había dejado una manda testamentaria por dicha cuantía. Finalmente, seguía otra larga lista de mandas en favor de sus parientes, más o menos próximos en grado: la condonación de la deuda que su sobrino, Germán González, había contraído, al comprar una mula a Pedro Martín González; a su sobrina viuda, María González, 100 ducados y la condonación de otra deuda, de doscientas fanegas de cebada; a otro sobrino, Blas González, ya mencionado, y muy querido, otros 100 ducados, etc. Las deudas, en cambio, eran pocas, y bien detalladas en su procedencia, pues, queda claro que el doctor Antonio González era un puntilloso administrador de su hacienda y caudales: debía uno o dos años a Francisco Blanquero, librero de Cartagena; y, al mercader Jerónimo Higuero, vecino de Baeza y cuñado de Blanquero, entre otras cosas, algunas varas de bayeta; por Alonso de Espinosa, vecino de Sevilla, constaba que debía cierta cantidad de dinero a Francisco Galó, maestre de nao, por «cosa del flete de un navío suyo, en que bine de Guatemala, donde avía sido Presidente»; disponía, por último, que sus albaceas abonasen todas las deudas cuyo importe no superase los dos ducados, siendo suficiente el juramento de los acreedores, y, por encima de dicha cantidad, habrían de aportar pruebas y recaudos¹⁸⁸.

Ante el escribano de provincia de la Real Chancillería de Valladolid, Luis García del Portal, el mismo día del fallecimiento del doctor Antonio González, el 9 de julio de 1602, su yerno, Francisco Linero y Maqueda, como albacea testamentario, y esposo de la heredera única y universal, María González, que era, presentó la petición de que se procediese al inventario de los bienes del *de cuius*¹⁸⁹. No era para menos, puesto que la herencia de su difunto suegro no era nada despreciable. El mismo Antonio González, como se ha destacado en la cita liminar de este apartado, estimaba que podría quedar una renta anual de más de 3.000 ducados. El origen de la misma podemos conjeturarlo, ya que no es de presumir que procediese de la fortuna familiar, que, en razón de las referencias a sus numerosos hermanos y sobrinos, y la única mención de la casa paterna en Pedraza de Campos, no debió ser mucha: gracias a su paso, hay que pensar, por las tierras de las Audiencias de Guatemala y del Nuevo Reino de Granada, y las posibilidades de tratar y contratar, de enriquecerse, que siempre existieron en la América Hispánica para los oficiales del rey, a pesar de la prohibitiva legislación regia. La extensa relación testamentaria de créditos, todavía no cobrados, proporciona alguna pista. Es el caso, para el llegado hacía pocos meses del Reino de Nueva Granada, de los 22.000 ducados que «me truxo aora de Sevilla el bachiller Andrés Gonçález, de que darán más particular cuenta y relación Francisco de [H]oyos, mi secretario que fue en el Nuevo Reyno de

¹⁸⁸ AHP, Protocolo 2109, ff. 1059 v-1061 r.

¹⁸⁹ AHP, Protocolo 2109, f. 1070 r.

Granada, y Juan de Solís Gaitán»¹⁹⁰. A ellos se unían otras muchas datas, y futuros ingresos: otros 13.200 ducados que tenía que pagarle un tal Francisco de Bayona, en Sevilla, aquel mismo año de 1602; un censo sobre los herederos de Alonso de Paz, de 8.500 ducados; otro censo contra el arzobispo de México y sus fiadores, de 28.000 reales; la deuda escriturada contra Pedro López Cubino, vecino de Cartagena de Indias, de 2.982 ducados pagaderos en Sevilla; varios préstamos a diversas personas, entre ellos, a consejeros de Indias, como los 1.000 ducados al licenciado Pedro Díez de Tudanca o los 300 al licenciado Diego de Armenteros, etc. Sin olvidar la librería, que debería pasar a su hijo natural, Juan González; o la ropa de vestir, de mesa y de cama, que tenía que ser dividida en cuatro partes, y entregada, también a su hijo Juan, y a sus tres sobrinos, Germán, Blas y María González; o los reposteros con sus armas, divididos entre su yerno, Francisco Linero, y su hijo Juan González. Previsoriamente, Antonio González indicaba que, si la hacienda resultaba ser inferior a las necesidades y gastos, podía ser acrecentada la renta disminuyendo el número de los favorecidos por las capellanías y memoria piadosa, esto es, reduciendo el número de capellanes, estudiantes pobres y dotes de parientes huérfanas, así como el haber del pósito, y el importe de los salarios de los alcaldes ordinarios y el cura de Pedraza. Por último, fueron designados los albaceas testamentarios, con poderes solidarios, tras revocar cualquier otro testamento o codicilo anterior: el ya mencionado Pablo de Laguna, presidente del Consejo de Indias; su hija y heredera universal, María González; su yerno, Francisco Linero y Maqueda; su confesor, fray Juan de la Puente; y fray Diego de Soria, religioso de la Orden de Predicadores, obispo de Nueva Segovia, en Filipinas¹⁹¹. La única dubitación que transparenta el ánimo del doctor Antonio González, experimentado y rico letrado indiano, en sus últimas voluntades escritas, es, no obstante, y paradójicamente, el lugar de descanso eterno de sus restos mortales. El lugar de descanso, podría pensarse, de su cuerpo, pero, también de su alma, a la espera del Juicio Final en el que declara creer, a tenor de las formularias declaraciones iniciales de fe. Tres cláusulas testamentarias, sucesivamente revocatorias o modificatorias, le dedica al reposo terreno de sus «güesos y cuerpo»: primero, en el monasterio de San Francisco del lugar donde falleciese, para ser trasladados a donde indicase su hija, María González; luego, llevados a Pedraza de Campos, para ser inhumados en la sepultura de sus padres; finalmente, conducidos a la villa de Osuna, o al lugar donde su hija ordenase¹⁹². No hay duda de que, junto con su presumible afición al estudio y la práctica del derecho, como jurista de oficio que fue, y a su indubitable que-rencia por el oro de los pesos indianos o la plata de los reales castellanos, Antonio González demostró un amor, declarado y probado, hacia su hija, la única que le sobrevivió, la legítima, al menos, a las puertas de la muerte.

¹⁹⁰ AHP, Protocolo 2109, f. 1064 v.

¹⁹¹ AHP, Protocolo 2109, ff. 1066 r y v, y 1068 r.

¹⁹² AHP, Protocolo 2109, ff. 1059 r, 1066 v y 1067 v.

3. EL DOCTOR EUGENIO DE SALAZAR: EL JURISTA-POETA, HOMBRE DE LEYES Y DE LETRAS

«Y afirmo que por servir a sus Magestades con amor y limpieza (como por la bondad de Dios las he servido), y por los muchos gastos de tan largos caminos de tierra y viajes de mar, he gastado y consumido los salarios de mis oficios, y todo mi patrimonio y la dote de mi muger sirviendo, y no dexo otros bienes más que mis libros, y una tapiçería, y un cavallo, y un poco de plata labrada de mi serviçio, y poco mueble de mi casa, y los vestidos míos y de mi muger, que no son de preçio.»

(AHP, Protocolo 2695, f. 470 r)

Si en el doctor Antonio González se puede apreciar la figura, al menos en los años de mortaja, los finales de su vida, de un rico –o, mejor dicho, enriquecido– letrado indiano, su estricto coetáneo, el doctor Eugenio de Salazar, cumple el tópico del poeta pobre, y del letrado indiano que no se enriqueció en el Nuevo Mundo, que también lo hubo, y en mayor numero, quizás, de lo que algunas veces se ha querido suponer. En la cita que antecede a estas líneas hay cumplida confesión de un transcurrir modesto, de austeridad en el ocaso de la vida, y de orgullosa afirmación de honradez. Cierto es que, como se comprobará, media el olvido de la notable dote de su esposa, Catalina Carrillo, aunque ya consumida, y de los criados y esclavos de su casa, signo de un más que mediano pasar, cuando no de cierto lujo. En el testamento ológrafo y cerrado de Eugenio de Salazar, otorgado conjuntamente con su mujer, y protocolizado ante Pedro Duarte, escribano público y del número de la villa de Madrid, el 1 de mayo de 1601, con un codicilo adjunto, manuscrito en la de Valladolid el 1 de diciembre de 1601, que figuran transcritos en el *Apéndice documental II*, no se hallarán casas, mercaderías, hacienda, vínculos, memorias pías y capellanías, sino únicamente libros, y bastantes deudas. Si en el de Antonio González había mucho oro y plata, pesos y ducados, rentas y créditos, en el de Eugenio Salazar lucen sólo las letras, y el son algo quejumbroso de los gastos. Al primero le preocupaba, sobre todo, dejar bien reflejado, y detallado, el dinero que había logrado acumular a lo largo de su vida de jurista y ministro del rey, para perpetuación de su familia y de su memoria personal; al segundo, reflejar sus letras, aquellas que le habían ocupado a lo largo de su vida, igualmente de letrado y ministro del rey –también de íntimo, e inédito, poeta–, para brillo del saber jurídico y de su aliento lírico, con destino a la imprenta, a un deseado universo de futuros lectores. Muy injusto sería reducir, como se ha podido ver, la biografía del doctor González a la mera ambición de acumular riquezas, metales preciosos, dinero. No fue, desde luego, el único, ni ayer, ni hoy, ni lo será mañana. Su talla de jurista práctico, en Guatemala y, sobre todo, en el Nuevo Reino de Granada, no puede, ni debe ser minusvalorada, empequeñecida por ello. Creo que resultaría mezquino en el historiador que a ello se atreviese. Pero, cierto es que también tal faceta de su vida, tal ambición, está presente, resulta de indeclinable constatación en su biografía. Puede ejemplificar, pues, un *tipo* de letrado indiano, al menos en el siglo XVI, si es que la teoría o modelo de los *tipos* históricos, con sus pretensiones –vanas, en

muchas ocasiones— de *cientificidad*, sigue teniendo tanto predicamento ahora, a comienzos del siglo XXI, como lo tuvo, indudablemente, en el XX. Otro tipo de letrado indiano podría ser, siguiendo el juego o modelo, el doctor Salazar: o lo que es lo mismo, el de las letras, curiosamente, pese a que apenas nada publicó en vida. Procuremos profundizar algo en ella¹⁹³.

Natural de la villa de Madrid, donde también debió nacer hacia el 18 de noviembre de 1530, Eugenio de Salazar era hijo de Pedro de Salazar y de Aldonza Vázquez de Carrión, ambos igualmente originarios, y vecinos, de Madrid, y feligreses de la iglesia parroquial de San Salvador¹⁹⁴. Su padre, Pedro de Salazar, de condición hidalga, que moriría en 1576, fue soldado, combatió en Alemania a las órdenes del emperador Carlos V, y llegaría a ser su cronista, y autor de diversas *Historias*, impresas y reimprimadas, en ocasiones con títulos diferentes, entre 1548 y 1570-1572¹⁹⁵. Estudió leyes y cánones en las Universidades de Alcalá y

¹⁹³ Hay que atribuir el descubrimiento, decidido y entusiasta, de la figura de Eugenio de Salazar, a finales del siglo XVIII, a José Antonio Álvarez y Baena, quien, en sus *Hijos de Madrid*, le dedica amplia atención biográfica y bibliográfica, especialmente, a su vertiente de poeta. Sirvan sus palabras introductorias de excelente loa reivindicativa de la labor y obra de ese notable jurista, poeta y ministro de la Monarquía Hispánica que fue el doctor Salazar: «Es uno de los sujetos más insignes, y en que ha hecho más estrago el olvido. Admira, á la verdad, que habiendo sido famoso Letrado y excelente Poeta, y obtenido los más altos empleos por su carrera de Leyes, las Historias de Madrid (*de Quintana, de Gil González Dávila*), y el diligente D. Nicolás Antonio, apenas hagan más que nombrarle. Aquellas sólo dicen que fue Gobernador de Tenerife y la Palma; y este que escribió de los negocios incidentes en las Audiencias de Indias, y un gran volúmen de Poesías, que dexó encomendado a la piedad de sus hijos. Yo hubiera tenido que contentarme y contentar a todos con tan escasas noticias, á no haber llegado casualmente á mi mano el referido volúmen original, que es en folio, con 533 hojas, y podido disfrutarle por algún breve tiempo, que me le permitió su dueño D. Francisco París, vecino de esta Corte, en cuyo poder estaba en 26 de febrero del año de 1788, y después ha pasado al de la Real Academia de la Historia» (ÁLVAREZ Y BAENA, Joseph Antonio: *Hijos de Madrid, ilustres en Santidad, dignidades, Armas, Ciencias y Artes. Diccionario Histórico por el orden alfabético de sus nombres, que consagra al Ilustrísimo y Nobilísimo Ayuntamiento de la Imperial y Coronada Villa de Madrid*, 4 tomos, Madrid, Oficina de Don Benito Cano, 1789-1791, t. I, pp. 403-411; la cita en la p. 403). Ya en pruebas de imprenta, ha llegado a mis manos las muy valiosas aportaciones de MARTÍNEZ MARTÍN, Jaime José, «La Verdadera Relación. Una autobiografía inédita de Eugenio de Salazar», en Bellini, Giuseppe y Perassi, Emilia (eds.), *Para el amigo sincero. Studi dedicati a Luis Sáenz de Medrano dagli Amici Iberisti italiani*, Roma, Bulzoni Editore, 1999, pp. 147-162; e *Id.*, *Eugenio de Salazar y la poesía novohispana*, Roma, Bulzoni, 2002. Además de SALAZAR, E. de, *Silva de Poesía. Obras que Eugenio de Salazar hizo a contemplación de doña Catalina Carrillo, su amada mujer*, ed., introducción y notas de Jaime J. Martínez Martín, Roma, Bulzoni, 2004.

¹⁹⁴ AHP, Protocolo 2695, f. 468 r. Erróneamente, Álvarez y Baena asegura que su madre se llamaba María de Alarcón, «hija de la ilustre Casa de Ocaña y Alarcón» (ÁLVAREZ Y BAENA, J. A.: *Hijos de Madrid*, t. I, p. 404). Según Javier Barrientos, fue Eugenio de Salazar, por otra parte, uno de los seis letrados indianos —sólo seis— que, durante los siglos XVI y XVII, ascendieron directamente desde una plaza de oidor de alguna Audiencia Real americana a una plaza togada en el Consejo de las Indias [BARRIENTOS GRANDÓN, J.: *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «*De Iurisdictio Animata*» en *el Nuevo Mundo*, t. I, pp. 317-318].

¹⁹⁵ Como historiador, fue autor de una *Historia y primera parte de la Guerra que Don Carlos Quinto, Emperador de los Romanos, Rey de España y Alemania, movió contra los príncipes y ciudades rebeldes del Reyno de Alemania*, y *sucesos que tuvo. Con privilegio de Su Santidad y del Escelentísimo Viso Rey de Nápoles, para en español y italiano*, impresa en Nápoles, en la Imprenta de Juan Pablo Sukanappo, el 15 de septiembre de 1548, en 96 folios. Figuraba compuesta por Pedro Salazar, vecino de la villa de Madrid. Sólo vio la luz esta primera parte. Con otro título y otra portada, esta misma obra apareció publicada como *Historia de los sucesos de la Guerra que la Magestad del invi-*

Salamanca, obteniendo el grado de licenciado en la de Sigüenza, una Universidad menor en la que el coste de graduación era, por esa misma razón, menos cuantioso. Años después, durante su estancia en la Nueva España, desempeñando el oficio de oidor de su Real Audiencia, alcanzaría, el 23 de agosto de 1591, el grado de doctor por la Universidad de México¹⁹⁶. Se desposó con Catalina Carrillo el 9 de mayo de 1557, velándose el 6 de abril de 1558. Nacida igualmente en Madrid, Catalina Carrillo era hija legítima de Fernán Carrillo de Ribera y de María de Paz, también vecinos de Madrid. Tuvieron dos hijos, llamados Fernando nacido en 1559, que se graduaría en leyes por la Universidad de Salamanca, y Pedro de Salazar nacido en 1561, quienes heredaron, al menos el primogénito en su juventud, las aficiones poéticas de su padre. De ellas fue el centro su esposa, que, además de ser de ilustre linaje, y parece que también de gran discreción y hermosura, en diversos poemas (como uno en octavas, titulado *la Perpetuación del Mayo*, o el dedicado a la *Contemplación de doña Catalina Carrillo, su amada mujer*), y a lo largo de toda su vida, se convirtió en su principal musa, bajo el nombre supuesto, y derivado de su nombre o apellido, de *Carilia*¹⁹⁷.

En 1560, el licenciado Eugenio de Salazar se hallaba en Toledo, donde residía, por aquel entonces, la corte, pretendiendo una vara de corregidor. Al no

tissimo Don Carlos Quinto, Emperador de los Romanos y Rey de España y Alemania, hizo contra los príncipes y ciudades rebeldes de Alemania, y del fin que tuvo. Fue autor, asimismo, de una posterior Crónica de nuestro invictísimo Emperador Carlos, Quinto deste nombre, Emperador de los Romanos, Rey de España y de Alemania. En la que se trata de la justissima guerra que Su Magestad promovió contra los luteranos y rebeldes del Imperio, y de los sucesos que tuvo, a la qual va agora nuevamente añadido el fin que las dichas guerras tuvieron, impresa en Sevilla, en la Casa de Dominico de Robertis, acabándose de imprimir el 3 de septiembre de 1552, en 118 folios. Pero, fue Pedro de Salazar famoso, más que por esta *Crónica* del emperador Carlos V, por la crítica festiva que contra ella escribió Diego de Mendoza, en una supuesta *Carta del Bachiller de Arcadia*; y, todavía más por la respuesta que el mismo Diego de Mendoza supuso en nombre de Pedro de Salazar. Por último, el progenitor de Eugenio de Salazar pergeñó otra *Historia de la Guerra hecha contra la Ciudad de África. Contra la destrucción de la villa de Monaxter e Isla del Gozo, y pérdida de Trípoli de Berberia, con otras muchas nuevas cosas*, publicada en la ciudad de Nápoles, en 110 folios, el 20 de enero de 1552. Esta última obra, con una nueva portada en la que figuraba el año 1572, fue otra vez publicada bajo el siguiente título: *Hispania Vitrix. Historia en la qual se cuentan muchas guerras sucedidas entre christianos y infieles, assi en mar como en tierra, desde el año de mil y quinientos y quarenta y seis hasta el de sesenta y cinco. Con las guerras acontecidas en la Berberia entre el Xarife y los Reyes de Marruecos, Fez y Vélez*, impresa en Medina del Campo, en 1570, con una extensión de 270 folios. *Vid.* GALLARDO, Bartolomé José: *Ensayo de una biblioteca española de libros raros y curiosos*, t. IV, Madrid, 1889, pp. 325-398; y PALAU Y DULCET, Antonio: *Manual del Librero Hispanoamericano*, 28 tomos, Barcelona, 1948-1977, t. XVIII, pp. 351-352.

¹⁹⁶ GARCÍA ICAZBALCETA, Joaquín: *Bibliografía mexicana del siglo XVI*, México, reedic. de 1981, p. 320; además de ÁLVAREZ Y BAENA, J. A.: *Hijos de Madrid*, t. I, p. 404. Este mismo autor ha publicado un soneto de Eugenio de Salazar, en el que resumía su vida de estudios y de servicio al rey, en versos, si no muy inspirados, sí muy apreciados por sus posteriores biógrafos: «Nací, y casé en Madrid. Crióme estudiando/ la Escuela Complutense y Salmantina./ La licencia me dió la Seguntina./ La Mexicana de Doctor el mando./ Las Salinas Reales fui juzgando./ Puerros de Raya a Portugal vecina./ Juez Pesquisidor fui a la contina;/ y estuve en las Canarias gobernando./ Oidor fui en la Española. Guatemala/ me tuvo por Fiscal; y de allí un salto/ dí en México a Fiscal, y a Oidor luego./ De ahí dí otro al Tribunal más alto/ de Indias, que me puso Dios en la escala./ Allá me abraze su divino fuego» (*Ibid.*, t. I, pp. 405-406).

¹⁹⁷ AHP, Protocolo 2695, f. 468 r; y ÁLVAREZ Y BAENA, J. A.: *Hijos de Madrid*, t. I, p. 406.

haber podido entrar en uno de los seis Colegios Mayores, de las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá, sus inicios en el *cursus* burocrático tenían que pasar por acceder a la más modesta *carrera de las varas*, sin poder aspirar, todavía, a una plaza de ingreso en alguna Real Audiencia, indiana o peninsular. En cualquier caso, serían los pródromos de una larga y brillante trayectoria profesional. Dotado de una fácil pluma, el futuro consejero de Indias dejaría un interesante relato de las duras vicisitudes de su vida de *pretendiente* de oficios temporales, y de los recovecos de la profesión togada, llegando a ser testigo de excepción de cómo eran vendidos los cargos, y de las anécdotas que proporcionaba la diaria asistencia a la posada del presidente del Consejo de Castilla, con el propósito de ser conocido, y favorecido, por uno de los principales *hacedores y consultantes*, al rey, de sus titulares y agraciados. En una carta remitida a un hidalgo, amigo suyo, llamado Juan de Castejón, que nos ha llegado sin data, el licenciado Salazar decía que «el henchimiento y autoridad de la Corte es cosa muy de ver». Atraído, sin embargo, por ella, añadía sobre el por qué de tal atracción: «Pues está tan llena de las personas reales, de prelados, de dignidades, de sacerdotes, de religiosos, de señoras, de caballeros, de justicias, de letrados, de escuderos, de negociantes, pleiteantes, tratantes, oficiales y menestrales, que es cosa de admiración»¹⁹⁸. Pero, el principal testimonio de sus años de pretendiente es una carta que escribió a Juan Hurtado de Mendoza, señor de la villa de Fresno de Torote, desde la misma ciudad de Toledo, el 15 de abril de 1560. Comentaba Eugenio de Salazar en esta carta que había salido de su casa en noviembre de 1559, para ir, desde luego, a *pretender* a la corte, a la que bautiza, por eso mismo, como *galera de pretensión de oficios temporales*, que en su caso era de un modesto corregimiento. Era el oficio de pretendiente el de *catarriberas*, o ese *padecer para merecer* del que ha hablado Javier Barrientos. El *catarribera* era el que, hallándose fuera del curso de los ríos, cataba sus riberas para atrapar la pieza o presa de una plaza. Porque, como ese mismo autor ha mostrado, la clásica imagen de la *fuelle* (*fons*) como origen (*origo*) del derecho, de la jurisdicción (*iurisdictio*), condujo a otras imágenes, a otras metáforas: la *iurisdictio* suprema del Príncipe como *fuelle*, la *iurisdictio ordinaria* de los jueces por él creados como *río*, y la *iurisdictio delegata* de los delegados por los jueces como *afluentes*. De ahí que las miserias y pesares de los *pretendientes*, de los *catarriberas*, de quienes cataban las riberas de ese río que era la jurisdicción ordinaria dispensada por los Reales Consejos de Castilla o de Indias, fuesen las que impulsasen a velar largo tiempo, con sufrimientos y privaciones, para coger su plaza en sus pequeños afluentes, la jurisdicción delegada de las pesquisas y comisiones encargadas por dichos Reales Consejos, e incluso los corregimientos y

¹⁹⁸ Las cartas de Eugenio de Salazar fueron publicadas, por primera vez, por la Sociedad de Bibliófilos Españoles, con una introducción de Pascual de Gayangos, en Madrid, en 1866. Luego, fueron reproducidas como SALAZAR, E. de: *Cartas*, en OCHOA, Eugenio de: *Epistolario español. Colección de cartas de españoles ilustres, antiguos y modernos, recogida y ordenada con notas y aclaraciones históricas, críticas y biográficas, por...*, Biblioteca de Autores Españoles, vol. LXII, t. II, Madrid, 1870, pp. 283-310. De aquí proceden las citas del texto, y de las notas siguientes. También han sido editadas por CIORANESCU, Alejandro, *Obras festivas*, Santa Cruz de Tenerife, 1968.

las alcaldías mayores¹⁹⁹. El mayor éxito era, si no llegaba la ansiada plaza togada, de fiscal, alcalde del crimen u oidor en una Real Chancillería o Audiencia peninsular, poder convertirse en *cruzarriberas*, esto es, en alcanzar una plaza letrada, o una prebenda y beneficio eclesiástico, en las Indias, aunque el largo y arriesgado viaje, por la Mar Océana, luego por la inmensidad de las tierras del Nuevo Mundo, abocase a muchos *pretendientes* o *catarriberas* a plantearse la disyuntiva de *perecer* o *merecer*²⁰⁰. Era el riesgo que la ambición imponía a cada uno, y también debió serlo para Eugenio de Salazar. Por otra misiva, en fin, enviada al licenciado Pedro Agustín Guedeja, relator del Consejo y Cámara de Castilla, luego fiscal de la Real Audiencia de Galicia, describiéndole la villa de San Jorge de Tormaleo y sus gentes, en el concejo de San Antolín de Ibias, de las Cuatro Sacadas del Principado de Asturias, sabemos que, mientras llegaba la ansiada vara, fue comisionado Salazar como juez en dicha villa, situada en las montañas cantábricas. No obstante, como queda dicho, el retrato más interesante de ese su azaroso período de pretendiente, lleno de zozobras, aflicciones y penalidades –materiales y espirituales–, figura en la mencionada carta de 15 de abril de 1560, escrita para Juan Hurtado de Mendoza²⁰¹.

¹⁹⁹ En la segunda acepción del término *Catarribera*, el *Diccionario de Autoridades* dice, en efecto, que: «En la Corte se llaman así los Abogados que se aplican a salir a pesquisas y otras diligencias semejantes. Y también se suele extender a los que se emplean en ser Alcaldes mayores y Corregidores en corregimientos de letras». Peyorativa, claramente despectiva, si no lo era ya, implícitamente, la segunda, se presentaba la tercera acepción de esta misma voz: «Se llama también al que anda vagando de un sitio en otro, sin tener domicilio, ni lugar determinado» (*Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con la frases o modos de hablar, los proverbios o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua ...*, compuesto por la Real Academia Española, t. II, Madrid, Imprenta de Francisco del Hierro, 1729, pp. 229-230, s. v.).

²⁰⁰ BARRIENTOS GRANDÓN, J.: *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «*De Jurisdicción Animata*» en *el Nuevo Mundo*, t. I, pp. 3-10 y 167-173.

²⁰¹ Este Hurtado de Mendoza era poeta y amigo suyo, autor de la obra titulada *Buen placer trobado en trece díscales de cuarta rima castellana*, impresa por Joan de Brocar, en Alcalá de Henares, en 1550; y de otro libro de poesía, también publicado en Alcalá, *El Tragitriumpho*. Aunque la cita es algo extensa, merece la pena escuchar la voz de Eugenio de Salazar, que habla como quien ha experimentado en sus carnes las dificultades de querer vivir al, y del, servicio del rey: «El tiempo solamente acá le expendemos en madrugar a llevar a nuestro presidente al Consejo, y volverle a su posada, y tener cuidado si quiere salir a alguna parte para aguardarle. Porque si alguna vez saliese sin que alguno de nosotros le aguardase, por el mismo caso terná por cierto que ha perdido el corregimiento que espera. Holgaría vuesa merced de ver a las mañanas el escuadrón tan lucido que hacemos: tanta camisa sucia, tanta ropa raída, tanto sayo grasiento, tanta gorra coronada, tanta almilla de grana, tanto pantufo viejo, tanto guante añejo; ojos que no los limpiarán todos los tafetanes que se tejen en Toledo y Granada; cabellos con más pelusa que se hace en los telares de lienzo de Portugal; barbas que nos las deshestrarán todos los peines de los cardadores de Segovia y los Cameros [...]. Entrado el presidente en Consejo, nos derramamos como lavazas o agua de fregar por aquel patio, y hacemos corrillos como la gente del vulgo en día de eclipse, a tratar de las provisiones, cuántos corregimientos hay que proveer, cuándo saldrán, qué hay de nuevo acerca de ésto. Uno dice: “Ayer me afirmaron en casa del presidente que tiene en su cámara veinte provisiones de oficios para henchir”. Otro dice: “Pues yo tengo un amigo en casa del secretario Eraso, que me mostró la minuta de las provisiones de oficios que están mandadas hacer, y no son sino siete, y ésas muy ruines, porque entran en ellas los corregimientos (o por mejor decir, los corrimientos) de Madrigal, Ciudad Real y Tordesillas” [...]. En esto pasamos hasta que quiere llegar el término de salir nuestro presidente de Consejo, que media hora antes, por que no se nos vaya, nos salimos a la plaza que está delante del palacio donde se hace el Consejo. Y unos se ponen en ruines

Antes de ser designado oidor de la Audiencia Real de Santo Domingo, en 1573, ejerció el licenciado Eugenio de Salazar, primero, en 1558, de Juez de las Reales Salinas de Atienza, comisionado dos veces por el Consejo de Hacienda; y, luego, como juez pesquisador de las salinas reales en los puertos *secos* (terrestres) de la raya de Portugal, donde visitó, y dio normas a aquellas nuevas aduanas, desde Sevilla a Zamora; fue también juez de residencia del justicia mayor de la villa de Mondéjar, por comisión del marqués Luis Hurtado de Mendoza, de 18 de abril de 1564 y sustanció también y, ya desde el 31 de julio de 1567, como gobernador de las islas de Tenerife y Palma, en las Canarias un cargo, con el de capitán general de Tenerife, del que tomó posesión el 25 de octubre de ese mismo año²⁰². A esta etapa de su vida corresponden dos cartas, escritas desde Santa Cruz de Tenerife, el 13 y el 20 de noviembre de 1569, y dirigidas a Diego de Espinosa, cardenal-obispo de Sigüenza, presidente del Consejo de Castilla e Inquisidor General. Pedía, en ellas, que, habiendo constatado la miseria de la tierra y la pobreza de la gente, el rey podría hacer merced a sus habitantes de «mandar disimular con ellos, si poseen algo que no les pertenezca», ya que defendían las islas frente a los ataques de los enemigos corsa-

caballos, otros en viejos cuartagos, y otros en mulas mohinas, algunas de color, y las más de hambre [...]. Y en asomando el presidente, partimos de nuestros puestos como cuadrillas mal concertadas de juegos de cañas [...], y llevámosle a su posada [...]. Alguno, muy contento de que el presidente le haya visto, no lo pudiendo disimular, vuelve al compañero y dícele: “¿No vio vuesa merced cómo me miró el presidente? En verdad que volvió a mí la cabeza dos veces, que me pareció que me quiso hablar” (...). A las tardes vamos a la casa del presidente, contemplamos la puerta de la calle, miramos al zaguán, vemos el patio, subimos por la escalera, pasamos por los corredores, entramos en la sala, preguntamos qué hace el señor presidente [...]. Acaece muchas veces que después de haber un letrado residido cinco o seis meses en la corte, con grandes esperanzas, gastada la bolsa, rematadas las prendas, y comidos los cuatro cuartos de la mula, que no le quedaba de ella sino la cabeza y el rabo para comer un sábado (...), le sale, como catarata en el ojo, un salud e gracia de una comisión de cuarenta días allá para la isla de los Lagartos, o para algún lugar de los que están debajo de la tórrida zona [...]. Y no hay otro remedio sino demandar misericordiosa la espera a los acreedores hasta la vuelta, que vendrá rico y cargado de oro en polvo de la India, de Chile». También ha dejado constancia Salazar de la venalidad con la que los pretendientes, alcanzado un corregimiento, querían resarcirse, rápida y ampliamente, de sus estrecheces y miserias, tan recientes, tan vívidas aún. Agraciado con una vara, a un compañero suyo, que había vendido las tenencias, los alguacilazgos y las alcaldías de cárcel a elevados precios, le espetó: «Señor, mirad lo que hacéis, que no es permitido vender los oficios; que, como sabéis, se han de dar libres para que vuestros oficiales los hagan bien y libremente». A lo que le respondió el corregidor, con toda desenvoltura: «¿Qué queréis que haga, que há un año que estoy en esta corte, esperando este corregimiento? ¿No os parecerá bien que, pues ya me vino a las uñas, me pague las expensas del detenimiento?». Y prosiguió, diciendo: «Aún ya, cuando visitéis la tierra de vuestra jurisdicción, recibir un cabrito, un par de perdices o de conejos por moderado precio, aún no es tanto mal; aunque también por ésto no faltará quien diga que os corrompen para que dejéis de hacer justicia». Replicó Salazar: «Guardáos de una residencia, señor; mirad no os den vómitos en ella, con que alcancéis el humor malo y bueno, quiero decir, lo bien y lo mal ganado». La contestación del corregidor venal fue tan contundente como esclarecedora de la realidad histórica de toda una sociedad, y de una administración de justicia: «Andad, que ya tengo experiencia de eso; que mil ducados de cohecho nunca costaron quinientos de pena; que si una vasija está llena de miel, aunque la trastornen y vacíen, siempre se queda algo pegado en ella; y así a los corregidores, aunque más nos sigan y persigan, y condenen, con un buen cohecho que hayamos recibido pagamos todas las nonadillas que en residencia nos cargan, y aún nos queda pan para nuestro año (*de forzosa vacante hasta un nuevo nombramiento*)» (SALAZAR, E. de: *Cartas*, en OCHOA, E. de: *Epistolario español*, t. II, pp. 283-310).

²⁰² ÁLVAREZ Y BAENA, J. A.: *Hijos de Madrid*, t. I, pp. 404-405.

rios. Y los corsarios no faltaban, desde luego, en aquellas aguas de la Mar Océana. Daba cuenta el licenciado Salazar, por lo demás, de que, a este respecto, algunos corsarios moros habían sido avistados desde la isla de Lanzarote; y que una RC de 30 de septiembre de 1569, despachada por el Consejo de Guerra, le había avisado de la probable llegada de trece galeones de luteranos al mando del corsario inglés John Hawkins, en navegación hacia las Indias. Informaba, por otra parte, de que el licenciado Moro, que había sido comisionado para entender en los negocios de tierras concejiles y realengas de las islas, había arribado el 20 de octubre de 1569, pero, que luego le dio «su mal ordinario de piedra», con gran calentura, muriendo el 8 de noviembre siguiente. Remitía al Consejo de Castilla, finalmente, un título expedido por el adelantado de las Canarias, Alonso Fernández de Lugo, que había encontrado, y que parecía fundamentar la opinión de que los isleños que poseían tierras las tenían, y disfrutaban, con justo título, por poder bastante que para su repartimiento había ostentado dicho adelantado, otorgado en su día por los Reyes Católicos. En el aspecto personal, Salazar comentaba que estaba tratando de enviar a la Península a un hijo, de poca edad, que allí mantenía consigo. En otra carta, anterior, también redactada en Tenerife, el 10 de noviembre de 1568, había descrito la milicia de las islas Canarias a otro amigo suyo, de profesión militar, el capitán Mondragón, en tono muy crítico, y sutilmente irónico²⁰³.

Fue promovido Eugenio de Salazar, del cargo de gobernación en las Canarias a la plaza de oidor de la Real Audiencia de La Española, mediante un título de nombramiento expedido en 1573, por RP de 13 de diciembre de este año²⁰⁴. El desempeño de la gobernación tinerfeña habrá durado sólo, empero, hasta 23 de abril de 1570, alargándose su juicio de residencia, del que salió libre, hasta el mes de noviembre de 1570, y, desde entonces, había permanecido sin destino en la isla canaria. Se embarcó con su esposa, Catalina Carrillo, y su familia, en la isla de Tenerife, en un navío llamado *Nuestra Señora de los Remedios*, el lunes, 19 de julio de 1574. Tras veintiséis días de navegación, atracó en el puerto de Santo Domingo el 14 de agosto de 1574. En otra carta, esta vez sin data, dirigida a otro de sus amigos, el licenciado Miranda de Ron, el licenciado Salazar nos ha dejado otra sabrosa e instructiva descripción de cómo eran las penosas condiciones de navegación, en el siglo XVI, que tenían que afrontar aquellos letrados —que no gentes de mar, ni soldados, sino hombres de estudio, de libros, de tinta y pluma de ave, de sosegada meditación y estudio—, cuando eran destinados a alguna plaza en las Indias, y las penalidades que también tenían que arrostrar sus mujeres e hijos²⁰⁵.

²⁰³ IVDJ, envío 25, núm. 14 y 15; y SALAZAR, E. de: *Cartas*, en OCHOA, E. de: *Epistolario español*, t. II, pp. 283-310.

²⁰⁴ SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 445.

²⁰⁵ Otra vez es mejor dejar que oigamos, directamente, la voz —voz escrita— del novel oidor, cuya pericia narrativa, su humor, precisión y capacidad de observación crítica, nos hace acompañarle en el viaje, y cruzar con él la procelosa Mar Océana, temiendo —con él también— los peligros de las encalmadas, de los huracanes o de los corsarios, la impericia de algún piloto, la desdicha del naufragio o la falta de agua, el escorbuto o la disentería: «Nos metieron en una camarilla que tenía tres palmos de alto y cinco de cuadro, donde, en entrando, la fuerza del mar hizo tanta violencia en nuestros estómagos y cabezas, que padres e hijos, viejos y mozos, quedamos de color de difuntos, y comenzamos a dar el alma (que esto es el almadíar), y a decir *baac, baac*; y tras esto,

Apenas dos años pudo desempeñar Salazar su nuevo destino, el primero indiano, y la primera plaza togada en un tribunal superior de justicia de la Monarquía Universal Hispánica, en la isla Española. Y ello porque, mediante una RC, extendida en San Lorenzo el Real, de 11 de junio de 1576, fue ascendido a procurador fiscal y promotor de la justicia en la Audiencia de Guatemala, en sustitución del fallecido titular de este cargo, el licenciado Hernando Caballero, su antecesor. El salario era de 750.000 maravedís anuales, como el que correspondía a sus compañeros oidores, que le deberían abonar los oficiales reales de la caja de la provincia de Guatemala desde el día en que se hiciese a la vela en el puerto de Santo Domingo, para ir a servir su cargo²⁰⁶.

bor, bor, bor, bor; y juntamente lanzar por la boca todo lo que por ella había entrado aquel día y el precedente, y a las vueltas, unos fría y pegajosa flema, otros ardiente y amarga cólera, y algunos terrestre y pesada melancolía [...]. Ni abrimos los ojos, ni nos desnudamos de como entramos, ni mudamos lugar, hasta el tercero día [...]. Vi salir dos de los dichos pajes debajo de cubierta, con cierto envoltorio que ellos dijeron ser manteles, y tendieronlos en el combés del navío, tan limpios y blancos y bien damascados que parecían pieza de fustán pardo deslavado. Luego hincharon la mesa de unos montoncicos de bizcocho deshecho, tan blanco y limpio que los manteles con ellos parecían tierra de pan llevar llena de montoncicos de estiércol. Tras esto pusieron tres o cuatro platos grandes, de palo, en la mesa, llenos de caña de vaca sin tuétanos, vestidos de algunos nervios mal cocidos [...]. Pues pedí de beber en medio de la mar; moriréis de sed, y os darán el agua por onzas como en la botica, después de harto de cecinas y cosas saladas. Y así todo lo más que se come es corrompido y hediondo. Y aun con el agua es menester perder los sentidos del gusto y olfato y vista, para beberla y no sentirla [...]. Si hay mujeres (que no se hace pueblo sin ellas), ¡oh qué gritos con cada vaivén del navío!, ¡ay, madre mía! y ¡échenme en tierra!, y están a mil leguas de ella [...]. Pues si os toma una calma en medio del mar, cuando el matalotaje se os acaba, cuando no hay agua que beber, aquí es el consuelo; el navío arfando noche y día, vuélveseos a revolver el estómago que estaba quieto, a subir a la cabeza los humos que estaban asentados, y véisos a Dios misericordia, hasta que, ella mediante, vuelve a soplar el viento [...]. Pues si el piloto es poco cursado en la carrera, que no sabe cuándo se ha de dar resguardo a la tierra, y enmararse para huir las bajas, las restringas y otros peligros, pensaréis que váis por mar alta, y en un tris os hallaréis en seco, y luego mojados, y luego os hallarán ahogados [...]. Una mañana subió el marinero a la gavia a descubrir la mar, y dijo: “una vela”, con que nos alteró mucho, porque aunque sea un barquillo, por la mar le temen los que no van de armada, sospechando que son corsarios. Luego, dijo el marinero: “dos velas”; con que dobló nuestro miedo. Luego, dijo: “tres velas”, con que hizo soltar más de tres tiros de olor, teniendo por cierto que eran de ladrones. Yo, que llevaba allí todo mi resto de mujer e hijos, considere vuesa merced qué sentiría. Aprestóse la artillería; hízose muestra de armas. Comienzan las mujeres a levantar alaridos: “¿Quién nos metió aquí, amargas de nosotras? ¿Quién nos engañó para entrar en este mar?”. Los que llevaban dinero o joyas acudían a esconderlas por las cuadermas y ligazón y escondrijos del navío. Repartímonos todos con nuestras armas en los puestos más convenientes [...]. Luego, nosotros conocimos las velas, que eran de amigos, porque eran navíos de los de nuestra flota [...]. Hasta que a los veintiséis días de nuestra navegación fue Dios servido que vimos tierra. ¡Oh cuánto mejor parece la tierra desde el mar que el mar desde la tierra! [...]. Yo y mi familia nos metimos en un barco que nos trajeron aderezado. Y salimos a la deseada tierra y ciudad de Santo Domingo, donde fuimos bien recibidos, y habiendo descansado dos o tres días, se me dio la posesión de mi silla, donde quedo sentado para cuando Dios quiera». Además de SALAZAR, E. de: *Cartas*, en OCHOA, E. de: *Epistolario español*, t. II, pp. 283-310; esta carta figura reproducida en el muy interesante estudio, acerca de estas cuestiones de la navegación en el quinientos, de MARTÍNEZ, J. L.: *Pasajeros de Indias. Viajes trasatlánticos en el siglo XVI*, reedic. de México, 1999 (1.ª ed., Madrid, 1983), pp. 294-317.

²⁰⁶ AGI, Guatemala, leg. 394, lib. 5, ff. 228 v-230 r; MCH, vol. I, núm. 589, p. 698; y SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 478.

En la consulta del Consejo de Indias, adoptada en Madrid, el 6 de junio de 1576, en la que le fue propuesto a Felipe II el nombramiento de Eugenio de Salazar como fiscal de la Audiencia guatemalteca, vacante por la mencionada defunción de Caballero, se explicitaba la causa de este traslado de una a otra Audiencia indiana. Constatadas las grandes diferencias y enfrentamientos que existían entre el presidente, los oidores y el fiscal de la Audiencia de Santo Domingo, el monarca había dispuesto la remoción de todos ellos, y que les fuesen designados sustitutos. Al mismo tiempo, el doctor Gregorio González de Cuenca, oidor de la Audiencia de Lima, fue promocionado a presidente de la Audiencia dominicana, y comisionado para tomar residencia a todos los miembros integrantes de la plantilla saliente de la Audiencia. Un juicio de residencia que también debía incluir, y así fue, a Eugenio de Salazar, pese a que hacía muy poco tiempo que había ido a servir su plaza de oidor a La Española. Aunque él no tenía culpa, ni había participado en las disputas y diferencias sostenidas entre sus colegas oidores, «para dar buen ejemplo, y porque era algo deudo del anterior presidente» de la Audiencia de Santo Domingo, el licenciado Francisco de Vera, también fue trasladado de allí²⁰⁷. Una posterior RC, igualmente expedida en El Escorial, de 16 de junio de 1576, comunicó al doctor González de Cuenca que Salazar había sido promovido a la fiscalía de la Audiencia de Guatemala, y que, en consecuencia, debía mandar que le fuese tomada residencia. Si no resultaba notablemente culpado en dicho juicio de residencia, le entregaría el título de nombramiento que acompañaba a la mencionada cédula regia, y marcharía el designado a servir su nuevo oficio en Guatemala. Si, en cambio, era deducida culpa grave contra él, le tendría que retener el título, y lo remitiría al Consejo de Indias, junto con el testimonio de los cargos, para que se proveyese lo pertinente²⁰⁸. Sería sentenciada esta residencia, finalmente, en el Consejo de Indias, el 9 de mayo de 1580, resultando condenado Salazar al pago de una pena pecuniaria de 200 ducados, que ya en marzo de 1581 habrá solventado.

Llegó el licenciado Eugenio de Salazar a la ciudad de Santiago de Guatemala, como fiscal electo de su Audiencia, el 8 de enero de 1577. A las pocas semanas, el 13 de marzo de 1577, remitió a la corte su primer informe o relación, una vez que hubo tomado posesión del cargo, y un mínimo contacto con los asuntos y negocios propios de su oficio de fiscal. Daba cuenta, en primer lugar, del inicio del proceso de implantación de la alcabala en Guatemala. El entonces presidente-gobernador de la Audiencia y su distrito, el doctor Pedro de Villalobos –porque Salazar no coincidió en tierras guatemaltecas con el doctor Antonio González, a quien sólo conocería, probablemente, ya como consejero de Indias, en Madrid y Valladolid–, había reunido en su cámara de las reales casas a los oficiales de la hacienda regia de la caja de Guatemala, para que, sin réplica, ni demora posibles, pusieran en ejecución las disposiciones reales que exigían su cobro. Pese a lo cual –denunciaba Salazar–, por el

²⁰⁷ AGI, Indiferente General, leg. 738, núm. 200.

²⁰⁸ AGI, Santo Domingo, leg. 868, lib. 3, f. 52 r y v. Una posterior RC, de 9 de mayo de 1580, en efecto, incluiría inserta la sentencia pronunciada por el Consejo de Indias, confirmando la dictada por el doctor Cuenca, presidente de la Audiencia de La Española, condenatoria tanto del licenciado Vera como del licenciado Salazar (AGCA, A1.23, leg. 1513, f. 571 r).

trabajo que conllevaría asentar el nuevo tributo en las Indias, también había concedido 400 ducados más de salario anual a cada oficial del fisco. Le preocupaban al neófito fiscal los alcances que se venían arrastrando de las cuentas revisadas, y tomadas, desde hacía años, al contador de Guatemala, Antonio de Rosales, y al tesorero, Juan de Rojas. Rosales había sido metido en prisión, por orden de la Audiencia, y luego puesto en libertad, durante quince días, para que pagase. Pero, también había alcances pendientes de cobro contra los almojarifes puestos por el presidente-gobernador Villalobos en la villa de la Trinidad de Sonsonate y en el puerto de Acajutla; y, contra Juan de Cuéllar, tesorero de la limosna de la bula de la Santa Cruzada en el partido de Guatemala. Sobre los bienes de difuntos, el oidor Diego García de Palacio había inspeccionado sus cuentas, y propuesto diversas mejoras para su futura cobranza y administración. También informaba Salazar de la situación de los indios mexicanos y tlaxcaltecas, descendientes de los que habían auxiliado al adelantado Pedro de Alvarado a conquistar las provincias de Guatemala y Honduras. Dichos indios, sus descendientes, habían iniciado un pleito, en el que pedían el reconocimiento de la exención de tributar que existía en tiempos del licenciado Francisco Briceño, el conocido gobernador de Guatemala tras la *mudanza* de la Audiencia de los Confines desde la ciudad de Santiago a la de Panamá. Un caso distinto era el de los indios *teopantecas*, aquellos indígenas que servían en las iglesias, y que también se hallaban exentos o *reservados* de tributar, pero que, desde hacía cuatro años –desde 1573–, sí pagaban tributos en las tasaciones, mas, les era abonado con cargo a la caja de su comunidad o concejo. Por último, pese a que estaba prohibido por real cédula, Salazar suplicaba que le fuese nombrado un solicitador fiscal, que podría serlo con destino permanente en la Audiencia de Guatemala, y que le ayudaría en el despacho de sus asuntos, ya numerosos²⁰⁹.

En una posterior carta de relación fiscal, de 5 de octubre de 1577, Eugenio de Salazar informó al Consejo de Indias que ya se había hecho pregonar la implantación de la alcabala, con el tipo indiano de gravamen reducido al 2 por 100, en todo el distrito de la Audiencia guatemalteca. Los mercaderes de la tierra, no obstante, seguían un pleito ante la misma Audiencia, requiriendo que les fuese declarada la exención de pago de la alcabala, como ya ocurría en el Virreinato de la Nueva

²⁰⁹ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 4, núm. 33. Sobre la llegada y asentamiento permanente de los tlaxcaltecas, mexicas y otros indígenas del Anáhuac en tierras centroamericanas, concretamente en Santiago de Guatemala (valle de Almolonga), en el barrio de los Mexicanos de San Salvador y en Comayagua de Honduras, en calidad de auxiliares de las tropas españolas de conquista, dirigidas por el adelantado Pedro de Alvarado, llamados «genéricamente mexicanos por hablar y entender, mayoritariamente, el *náhuatl*, diverso del antiguo y rancio *náhuatl*, sin *tl*, de los nahuas de Centro América, los llamados *pipiles*, quienes tenían siglos de haber arribado al Istmo», resulta de consulta imprescindible ESCALANTE ARCE, Pedro Antonio: *Los tlaxcaltecas en Centro América*, San Salvador, 2001. La cita, en las pp. 13 y 14. Por otra parte, parece conveniente recordar que, con la llegada de Eugenio de Salazar, se reunió en Santiago de Guatemala, en aquellos años, un grupo de destacados poetas, como el zamorano Baltasar de Orena o Juan de Mestanza Ribera, ambos elogiados por Miguel de Cervantes Saavedra en su primera parte de *La Galatea* (1585), y en su *Viaje del Parnaso*. A su vez, Salazar sería elogiado, como poeta, en su *Navegación del alma* (c. 1582), por Mestanza Ribera [Álvarez-Lobos Villatoro, Carlos Alfonso y Toledo Palomo, Ricardo (eds.): *Libro de los Pareceres de la Real Audiencia de Guatemala, 1571-1655*, edición y estudio preliminar de..., Guatemala, 1996, pp. XL y XLI del *Estudio preliminar*].

España, para las primeras ventas de las mercaderías traídas de España, dado que ya habían satisfecho los derechos de almojarifazgo al salir de Sevilla, y a la entrada, y desembarco, en Puerto de Caballos. En esta cuestión, el fiscal aconsejaba que, «a los principios de este asiento, ande la mano blanda». Por lo que se refería a los asuntos de gobernación, las minas de Guazucarán, y otras próximas a la ciudad de Comayagua, en la provincia de Honduras, precisaban de que se les enviase azogue para la amalgamación del mineral de plata, y la concesión de una licencia de libre introducción de 500 esclavos negros. También en Honduras, algunos corsarios ingleses habían logrado desembarcar en las islas de la Guanaja, siendo repelidos por Diego López, capitán de guerra de Trujillo. Al mismo tiempo, procuraba la Audiencia guatemalteca cumplir la merced regia de 1.000 pesos de oro de renta en indios encomendados, cuyo objetivo y destino final eran los de ser aplicados para la fortificación del puerto de Trujillo. En materia eclesiástica, se quejaba el fiscal Salazar de que fray Gómez Fernández de Córdoba, obispo de Guatemala, no respetaba el derecho de patronato regio, sobre todo en lo que se refería al nombramiento por el rey de los curas de las iglesias inferiores de la diócesis, que él trataba siempre de usurpar. El obispado de Honduras, por su parte, vacante tras la muerte de fray Jerónimo de Corella, padecía el abandono y absentismo de las dignidades y canónigos del capítulo de su iglesia catedral, que aprovechaban la falta de prelado para ir a residir a los beneficios de las iglesias inferiores, cuyas rentas eran más cuantiosas, y pingües sus réditos. Comentaba Salazar, por último, que el presidente saliente de la Audiencia, el doctor Pedro de Villalobos, que había sido trasladado a la presidencia de Charcas, pedía el retiro, al estimar que su nuevo empleo era de inferior categoría que el anterior²¹⁰.

La respuesta de Felipe II, por RC, expedida en El Pardo, de 10 de julio de 1578, a estas dos primeras relaciones fiscales de Eugenio de Salazar, fue breve. Debía desistir, por supuesto, de seguir pleito alguno con los mercaderes que suplicaban la exención de pago de la alcabala para las primeras ventas de mercaderías de España que ya habían satisfecho almojarifazgo, tanto en Sevilla como en los puertos de Honduras (Trujillo, Puerto de Caballos). Dicha exención había sido reconocida, y comunicada al virrey de México, Martín Enríquez, y lo mismo convenía hacer en la circunscripción audiencial guatemalteca. Diferente era la situación en el caso de los alcances debidos por los almojarifes de la villa de la Trinidad de Sonsonate, y puerto de Acajutla. Como fiscal que era, en defensa del patrimonio regio, proseguiría el pleito que se mantenía contra ellos, hasta su completo fenecimiento, y cobro de lo adeudado²¹¹.

En su siguiente misiva informativa, desde Santiago de Guatemala, de 15 de marzo de 1578, el licenciado Salazar avisó de que la Audiencia ya había sentenciado, en los grados de vista y de revista, en favor de los mercaderes que se negaban a pagar la alcabala en las primeras ventas de mercaderías procedentes de España²¹². En cambio, por lo que se refería al ramo de los tributos indígenas,

²¹⁰ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 4, núm. 37.

²¹¹ AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, ff. 84 v-85 r; y MCH, vol. I, núm. 325, pp. 573-574.

²¹² AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 5, núm. 42.

seguía pidiendo que el Consejo de Indias sentenciase definitivamente el pleito a través del cual los indios mexicas y tlaxcaltecas pretendían hallarse exentos del pago de los tributos reales. En lo que atañía a los pueblos de indios del valle de Guatemala, el oidor Diego García de Palacio había hecho recuento y tasación de sus tributos, luego confirmados por sentencia favorable de la Audiencia. Para cobrar los alcances debidos por el tesorero Rojas y el contador Rosales, sus bienes embargados eran sacados en pública almoneda, al igual que se había hecho con los del difunto oidor licenciado Juan Gasco, a fin de reintegrar a la caja de la real hacienda lo que éste había percibido, de salario en vida, por encima de los 2.000 ducados anuales. La Audiencia, por su parte, y era éste un criterio que compartía el mismo Salazar, quería que fuese prorrogado, prestándose las oportunas fianzas, el privilegio del diezmo de la plata. Es decir, que los mineros de aquellas tierras no abonasen al fisco regio el llamado *quinto real* de los metales preciosos que extrajesen de sus minas, o, lo que es lo mismo, el 20 por 100, sino sólo un 10 por 100. Porque había que tener en cuenta, además, que como se pagaba el diezmo beneficiado en plata, resultaba más que si se abonase el quinto sin beneficiar, tal como era extraído el metal de la mina, sin haberlo separado de la ganga. En materia eclesiástica, nuestro fiscal seguía quejándose de que el obispo guatemalteco, fray Gómez de Córdoba, no respetaba el real patronato: instituí y proveía curatos sin presentación del monarca, aduciendo que al rey sólo le correspondía la provisión de las prebendas catedralicias. Y, en materia de gobernación, criticaba a Diego de Artieda Chirinos, gobernador de las provincias de Nicaragua, Nicoya y Costa Rica, asegurando que no había cumplido su capitulación, y que había sido acusado de mal gobierno y de pésima administración de justicia ante la Audiencia. Describía muy favorablemente para su cuñado, Alonso de Contreras Guevara, gobernador de Honduras, en cambio, un asalto de corsarios ingleses a la Guanaja y el Golfo Dulce. Por último, proporcionaba Salazar algunas propuestas de solución para disminuir los gastos de la real hacienda. Por un lado, a todos los gobernadores y alcaldes mayores de provisión real, como eran los de las provincias de Soconusco, la Verapaz, Sonsonate, etc., debería ordenárseles que recaudasen los tributos reales en su respectiva circunscripción, evitando así los costes de desplazamiento de los oficiales del fisco de Guatemala. Por otra parte, al objeto de conseguir que en la provincia de la Verapaz sus gastos no fuesen superiores a los ingresos de la hacienda real en aquel lugar, debería unirse su obispado al de Guatemala, con lo que podría excusarse, de esta forma, el pago del salario del obispo; y que su alcalde mayor fuese provisto por el presidente de la Audiencia, y no por el rey, de modo que resultasen designadas personas de la tierra, que se conformarían con percibir un salario de sólo 300 pesos al año²¹³.

En sus sucesivas relaciones o informes, el licenciado Salazar no pudo seguir defendiendo a su cuñado, el gobernador de Honduras, Contreras Guevara. En la de 5 de septiembre de 1579, por ejemplo, relataba los preparativos de la armada que el nuevo presidente-gobernador de la Audiencia y distrito de Guatemala, licenciado Diego García de Valverde, había ordenado disponer para perseguir a Francis Drake,

²¹³ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 5, núm. 42.

el corsario inglés que había osado introducirse y navegar por las aguas y costas de la Mar del Sur u océano Pacífico. Una armada que había zarpado en el mes de agosto de 1579, al mando, como general de ella, de Diego de Herrera, antiguo gobernador de Honduras, designado en sustitución del oidor licenciado García de Palacio, que, indispuesto, no había podido comandarla finalmente. Su ruta de navegación fue la de costear por la Nueva España y la Nueva Galicia, hacia las Californias y el golfo de Bermeo²¹⁴. El 26 de marzo de 1580, sin embargo, un apesadumbrado Eugenio de Salazar tenía que hacer partícipe al Consejo de Indias de que, siguiendo sus instrucciones, varios oficiales del rey estaban presos por negligencia en la persecución de corsarios: Diego de Herrera, Alonso de Contreras Guevara, Juan de Céspedes y Sancho de Barahona²¹⁵. El primero de ellos, Diego de Herrera, como general de la armada enviada contra Drake, por no haber rebasado el puerto de Acapulco en su persecución, desobedeciendo las instrucciones en contrario recibidas. Y Contreras Guevara, gobernador de Honduras, Céspedes, alcalde mayor de la Verapaz, y Barahona, vecino y encomendero de Santiago de Guatemala, que había sido nombrado capitán por el presidente anterior, doctor Villalobos, todos ellos por descuido en la persecución y castigo del corsario que, en 1578, por la Mar del Norte, había entrado y robado en el Golfo Dulce. Por si todo esto fuera poco, además, en la Audiencia de Guatemala se seguía un pleito contra Alonso de Contreras Guevara, por haber percibido indebidamente su salario durante los catorce meses, nada menos, que había tardado en tomar posesión —en «tomar las varas»— de su cargo de gobernador de Honduras, tras haber recibido su RP de nombramiento, de 26 de noviembre de 1575, desde que partió del puerto de Sanlúcar de Barrameda²¹⁶. En su favor y descargo apuntaba Salazar que su cuñado había obtenido licencia del rey para no viajar directamente, sino dando un rodeo por México, donde tenía a su madre, y a algunas hermanas monjas. Todo ello le había supuesto al fiscal ganarse no pocos enemigos, que no dejaba de citar nominalmente, relacionados directamente —hay que decirlo— con su cuñado, el gobernador de la provincia hondureña: eran Diego de Herrera, antecesor inmediato de Contreras Guevara en la gobernación de Honduras, y, como se ha dicho, general de la fracasada armada contra Drake, además de alcalde ordinario del cabildo de la ciudad de Santiago de Guatemala en 1579; Diego de Artieda, gobernador de Nicaragua y Costa Rica, por haber defendido Salazar, en su perjuicio, al real fisco; Alonso Ortiz de Elgueta, también antiguo gobernador de Honduras, y Juan Hurtado de Mendoza, regidor de Santiago de Guatemala, por ser enemigos capitales de Contreras Guevara²¹⁷.

²¹⁴ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 6, núm. 63.

²¹⁵ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 7, núm. 74.

²¹⁶ SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 539.

²¹⁷ Más alentadoras eran las noticias que Eugenio de Salazar proporcionaba de su largo enfrentamiento con el obispo de Guatemala, fray Gómez de Córdoba, de la Orden de San Jerónimo. Su pleito estaba concluso, y se había allanado, por fin, a guardar el derecho de patronato regio. Pero otro problema era ahora el que se planteaba, el de los que nuestro fiscal llamaba *ministros mudos*. Consistía en la duda de si los clérigos presentados por el rey, en virtud del real patronato, que no sabían las lenguas indígenas, debían ser preferidos a los que estaban provistos por el presidente-gobernador de la Audiencia, y que sí eran *lenguas*, es decir, que sí las entendían. Otra buena nueva era el reciente descubrimiento de minas de plata en el término de Tegucigalpa, en la provincia de Honduras, de las que se

Mientras todo esto acontecía en tierras centroamericanas, el Consejo de Indias, en una consulta de 20 de marzo de 1580, incluyó al licenciado Eugenio de Salazar en la terna que propuso a Felipe II, en este caso, para cubrir la vacante existente en la fiscalía de la Audiencia de Charcas. El monarca resolvió aplazar la provisión definitiva —«no me ha parescido resolver agora, porque quiero mirar en ello»—, pero, finalmente, el licenciado Salazar no resultaría elegido²¹⁸. Sí lo sería, un año después, para ocupar la fiscalía de la mucho más importante Audiencia de México, en virtud de una RP de nombramiento, despachada en Lisboa, de 6 de agosto de 1581²¹⁹. Otra RP, de idéntica data a la de su título de nombramiento, comisionó al licenciado García de Valverde, presidente-gobernador general del distrito de Guatemala, para que tomase residencia a Eugenio de Salazar, antes de que éste partiese de la ciudad de Santiago, para entrar en posesión de su nueva plaza de destino²²⁰. A este respecto, en una carta de 20 de enero de 1582, Salazar comunicó al Consejo de Indias que saldría de Santiago de Guatemala diez días después, el 30 de enero de 1582. Y hacía un breve balance de lo que dejaba tras de sí, en la Audiencia de Guatemala, después de cinco años de estancia, y trabajo, en ella. Al presidente, Diego García de Valverde, le ayudaba mucho en el despacho de los negocios de justicia el oidor, doctor Alonso de Villanueva. Como fiscal interino quedaba el licenciado Juan de Mestanza Ribera, que estaba casado con una hija del segundo presidente de la Audiencia de los Confines, Alonso López Cerrato, llamada Beatriz Cerrato. Entre los principales procesos que se hallaban pendientes, dos eran los que destacaba: el criminal seguido contra Sancho de Barahona, ya conocido, por su negligencia en perseguir al corsario que había robado por la Mar del Norte, en el Golfo Dulce; y, el fiscal seguido contra Alonso de Vides, tesorero de la caja real de Guatemala, y contra los herederos del contador Gaspar de Rosales, por haber sido remisos en el cobro de ciertos tributos²²¹.

decía que eran muy ricas, aunque precisaban de esclavos negros para su puesta en explotación. Y no olvidaba el fiscal presentar un estado de la real hacienda en 1580. Siendo el obispo de Guatemala el subdelegado del comisario general de la Santa Cruzada, la bula se había predicado y expedido bien, excepto en la diócesis de Chiapa y en los lugares donde los dominicos tenían doctrina. Y ello por su error en creer que había costumbre, en esas partes, de que tanto los indios como los españoles pudieran comer huevos y lacticios en tiempos prohibidos. Aunque eran remitidas al Consejo de Indias las cuentas revisadas a los oficiales reales, del importe recaudado por la venta de azogue a los mineros, y del 2 por 100 de la alcabala, sin embargo, no se enviaba dinero alguno, porque todo, infelizmente, había sido gastado en la armada contra Drake (AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 7, núm. 74). Con las enemistades ganadas por el licenciado Salazar en Santiago de Guatemala hay que poner en relación una RC de 22 de noviembre de 1579, mediante la cual el Consejo de Indias, dando cuenta de que había recibido un memorial de queja de Diego de Herrera, alcalde ordinario de la capital guatemalteca, denunciando que el fiscal Salazar protegía a sus numerosos parientes en los asuntos de justicia, por lo que no convenía que continuase desempeñando tal oficio, ordenaba que la Audiencia informase de nuevo, y que remitiese testimonio de dicha información (AGCA, A1.23, leg. 4575, f. 510 v).

²¹⁸ AGI, Indiferente General, leg. 739, núm. 244; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1529-1599)*, t. I, núm. 764, p. 278.

²¹⁹ SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 463.

²²⁰ AGI, Indiferente General, leg. 524, lib. 1, f. 261 r; y MCH, vol. I, núm. 755, p. 794.

²²¹ AGI, Guatemala, leg. 10, ramo 9, núm. 95. El licenciado Juan Mestanza de Ribera permaneció como fiscal interino de la Audiencia Real de Guatemala hasta la llegada, a finales de

La laboriosidad de Eugenio de Salazar como fiscal de la Audiencia de la Nueva España hizo que pronto fuese ascendido a oidor de esa misma Real Audiencia, en 1589, de conformidad con otra RP de nombramiento, ahora de 9 de marzo de dicho año²²². Con anterioridad, una consulta del presidente del Consejo de Indias, licencia-

1584 o principios de 1585, del titular o propietario sustituto, el licenciado Tomás de Espinosa de la Plaza. También ejerció Mestanza como *juez acompañado* del presidente García de Valverde, cuando éste se quedó solo en la Audiencia guatemalteca, al marcharse el entonces único oidor en activo de la misma, el doctor Alonso de Villanueva, hasta la llegada de su sustituto, el licenciado Rodrigo de Moscoso (AGI, Guatemala, leg. 10, ramos 9, 11 y 12, núms. 96, 104, 105 y 115).

²²² SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 453. No es procedente detenerse aquí a examinar la labor del licenciado Eugenio de Salazar como fiscal de la Audiencia novohispana, pero sí poner unos ejemplos que acrediten su referida laboriosidad. Interpuso un recurso de segunda suplicación en el pleito, ya sentenciado en vista y revista por la Audiencia de México, en favor de los mercaderes de la ciudad de Sevilla, que aducían un privilegio de Fernando III, confirmado por Pedro I, para no pagar los derechos de almojarifazgo, en los puertos de la Nueva España, de las mercaderías de labranza (vino, aceite, pasas) y crianza que introducían los vecinos y cargadores sevillanos, hasta conseguir una real cédula del Consejo de Hacienda, de reprensión de la Audiencia de México, a la que ordenó que «se cobrasen los derechos como antes». Se enemistó con el virrey, conde de Coruña, por proponer que fuesen suprimidos los estancos de los vinos y las carnicerías; y, a la muerte de este virrey, el 29 de junio de 1583, mientras el arzobispo, visitador y doctor Pedro Moya de Contreras gobernó el virreinato, entre el 27 de septiembre de 1584 y el 18 de noviembre de 1585, durante seis meses por suspensión de los oficios de oidor, Salzar sirvió los de fiscal, alcalde del crimen y oidor. Luego, habrá de ser oidor interino de la Audiencia de la Nueva España, desde una RC audiencial de 2 de mayo de 1586, y sólo desde 1589, por nombramiento real, actuando como juez de bienes de difuntos en 1595. Además de denunciar los agravios que sufrían los indios, a manos de los eclesiásticos, seculares y regulares, que los desengraban en su propio beneficio, y el de sus conventos, de los encomenderos, de los dueños de las minas, de los corregidores, de los mercaderes y oficiales que les fiaban dinero, y de los procuradores, secretarios y restantes oficiales de la Audiencia, Salazar, durante otros dos años, por encargo del virrey Luis de Velasco *el joven*, visitó el cabildo de la ciudad de México, y tomó las cuentas de sus bienes de propios, y demás rentas municipales. Siendo muy amigo, en fin, desde 1585, del nuevo virrey, marqués de Villamanrique, de su esposa, a los que dedicó algunos poemas, bajo los nombres pastoriles de *Albar* y *Blanca*, y una *Descripción de la laguna de México*, hubo de escribir, a Felipe II y al Consejo de Indias, cartas en defensa de su actuación, frente a los excesos de su visitador, el obispo de Tlaxcala, Diego Romano. Aunque sea brevemente, interesa una de sus peticiones fiscales, dedicada a plantear diversos proyectos y propuestas de mejora en las minas de la Nueva España. Unas propuestas que en algo serían deudoras de la experiencia adquirida por su autor en el distrito de la Audiencia de Guatemala, donde también varias eran explotadas, aunque de mucha menor importancia y riqueza que las de Zacatecas, y otras. Su petición fiscal fue presentada el 22 de marzo de 1584, y, a instancias suyas, fue abierta una información en la Audiencia de México, practicada entre el 22 de marzo y el 12 de abril de 1584. La tesis central de Salazar, nada original, por otra parte, era la de que las minas de oro y de plata constituían «los nervios de los estados de las Indias», razón por la cual había que mejorar su laboreo y beneficio. El primer problema era, no obstante, el excesivo precio al que se vendía el azogue, indispensable para la amalgamación de la plata. Por eso, los mineros no podían beneficiar los metales de poca ley, perdiendo la hacienda del rey muchos quintos y derechos de alcabala y almojarifazgo. El precio del azogue era de 113 pesos de oro de minas por cada quintal puesto en la boca de una explotación minera (110 pesos para la hacienda real; y 3 más para sufragar los fletes de transporte a México, y para los alcaldes mayores que lo entregaban a los mineros). Proponía Salazar una rebaja de dicho precio, que podría ser establecido en 100 pesos el quintal. Igualmente excesivo era el precio de la sal, también necesaria para el beneficio de la plata por amalgamación. Su comercio andaba en manos de regatones, y por eso se encarecía. De ahí que propusiera que el monarca adquiriese toda la sal de las salinas de la Nueva España, por mediación de los alcaldes mayores que residían en las minas, que se guardase en almacenes, y que fuese vendida

do Hernando de Vega y Fonseca, de 4 de mayo de 1585, le había propuesto, sin éxito, para oidor de la Audiencia de la Nueva Galicia. Y el mismo resultado negativo obtuvo ese mismo presidente cuando, en otra consulta, de 29 de noviembre de 1587, lo incluyó en la terna de propuestos para una plaza de oidor de la propia Audiencia de la Nueva España²²³. La oportunidad para Salazar no se haría, sin embargo, esperar. Fue el 11 de noviembre de 1588 cuando el Consejo de Indias consultó, a Felipe II, diversos candidatos para varias plazas de oidor de la Audiencia de México. No figuraba entre ellos el fiscal, pese a lo cual, en su resolución definitiva, el soberano le designó, directa y expresamente, como oidor de la Audiencia novohispana²²⁴.

directamente a los mineros, a precio de coste y costas. Otro problema era que los indios de servicio, proporcionados a las minas por los pueblos comarcanos, no resultaban suficientes: muchos enfermaban y morían como consecuencia de un trabajo tan duro. Como años antes había instado para las minas de la provincia de Honduras, Salazar proponía la libre introducción de esclavos negros en la Nueva España, a precios moderados, que los mineros pagarían a plazos, junto con el azogue, cada año, siendo exonerados los indios del servicio en las minas. Otro problema que había que solucionar era la falta de metal amonedado que padecían los mineros. A cambio de su plata sin labrar, los mercaderes la trocaban con los mineros por dinero, pero se aprovechaban de su necesidad, tomándose dicha plata a cinco y seis reales menos de su ley, y dándoles parte del precio en ropa de poca calidad. Era preciso, pues, que el monarca dispusiese que, en cada congregación de minas, su alcalde mayor proporcionase a los mineros el dinero necesario, a razón de siete pesos el marco de plata. Resultaba perjudicial, por otra parte, la disposición regia que ordenaba, para evitar rezagos en el cobro del azogue suministrado por la hacienda del rey, que se cobrase a los mineros la cuarta parte de la plata que llevasen a señalar a las casas de fundición. Para no empobrecer a los dueños de las minas, había que reducir tal proporción a una octava o una décima parte. Siendo el maíz el alimento indispensable en las minas, que se despoblaban cuando escaseaba, puesto que huían los indios y cesaba el beneficio de la plata, Eugenio de Salazar era partidario de que los alcaldes mayores de los pueblos comarcanos a las minas llevasen maíz, procedente tanto de los tributos del rey como de los tributos de los encomenderos, a un precio justo. Y había que hacer cumplir las provisiones y cédulas reales que prescribían que no se podía ejecutar, ni vender, por deudas de los mineros, sus minas, esclavos, bueyes, instrumentos y aperos por separado, sino vender toda la hacienda de mina junta. Y tampoco podía permitirse que los mineros fuesen traídos presos, por deudas, a la cárcel real de corte, quedando desamparadas sus minas. Podían, y debían, permanecer, perfectamente en las cárceles de la capital, sede de alcaldía mayor. Las haciendas de minas arruinadas tenían que ser vendidas a los mercaderes acreedores, y a otros particulares, para que siguieran siendo explotadas. Denunciaba el fiscal de la Audiencia de México, por último, que eran los alcaldes mayores de las minas, con sus tratos y contratos, provechos y granjerías particulares, los que destruían las minas. Eran los que rescataban la plata a los mineros por precios de cambio excesivos, y los que les vendían muy caro el maíz y la sal. La única solución era elegir buenos candidatos para esas alcaldías mayores, que sólo se preocupasen de su prosperidad, y no del peculio propio. Concluía Salazar su petición fiscal solicitando que fuesen comunicadas sus propuestas al arzobispo de México, el doctor Pedro Moya de Contreras, virrey interino de la Nueva España, a quien una cédula real había facultado para tratar del buen estado de las minas, y de los mineros, en el virreinato (AGI, México, leg. 217, núm. 27).

²²³ AGI, Indiferente General, leg. 741, núms. 6 y 158; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1529-1599)*, t. I, núms. 1357 y 1687, pp. 538, 539 y 631.

²²⁴ Con estas palabras lo hizo Felipe II: «Con mi falta de salud y otras muchas cosas, a que ha sido necesario atender con la brevedad que la qualidad dellas ha pedido, no he podido entender hasta agora en esto, y habiendo visto todo lo que en ello dezís, me he resuelto en proveer por oydores al Doctor Santiago de Vera, Presidente de la Audiencia de las Philipinas, y al licenciado Antonio Maldonado, alcalde del crimen de la Audiencia de México, y al licenciado Eugenio de Salazar, fiscal della; y avisaréisme si el licenciado Alonso Pérez de Salazar, oydor del Nuevo Reyno de Granada, aceptó la otra plaza o no, y en caso que no, si sería bueno para ello el Doctor

En su etapa de fiscal de la Real Audiencia de México, el licenciado Salazar fue visitado, al igual que el presidente y los oidores, por el doctor Moya de Contreras, arzobispo de México, como se ha dicho. Siendo visitador general del Virreinato de la Nueva España, a Moya de Contreras también le fue encargada la revisión de la actuación del anterior virrey, Martín Enríquez de Almansa, y del virrey entonces en ejercicio, Lorenzo Suárez de Mendoza, conde de Coruña, así como de los oficiales de la real hacienda de México y Veracruz, y de la Casa de la Moneda. La visita fue hecha pública el 24 de septiembre de 1583, y duró varios años. Aunque Salazar llevaba pocos meses desempeñando la fiscalía, fue igualmente visitado, de forma semejante a como le había ocurrido, se recordará, al comienzo de su carrera india, siendo oidor de la Audiencia de Santo Domingo, al ser residenciado, en 1576, por el doctor Gregorio González de Cuenca. Salió casi mejor parado de esta visita del doctor Moya de Contreras, en México, en 1583-1584, que de la residencia del doctor Cuenca, en Santo Domingo, en 1576, pues, prácticamente quedó absuelto de casi todos sus cargos. No fue pronunciado contra él, desde luego, auto de suspensión, como sí lo recibieron tres oidores (los licenciados Pero Farfán y Hernando de Robles, y el doctor Lope de Miranda) y un alcalde del crimen (el licenciado Diego García de Palacio, antiguo oidor de Guatemala); ni tuvo que pagar importantes penas pecuniarias, como sí hubieron de afrontarlas el doctor Santiago de Vera o el licenciado Tomás de la Cámara, que eran alcaldes del crimen, o el anterior fiscal, el licenciado Diego de Santiago del Riego²²⁵. En la sentencia de vista de la visita, pronunciada por el Consejo de Indias el 22 de febrero de 1589, Eugenio de Salazar sólo resultó culpado de haberse mostrado remiso y negligente a la hora de despachar pleitos fiscales y causas criminales, de acuerdo con los cargos I a XII²²⁶. En

Santiago del Riego, oydor que fue de la Nueva Galizia y alcalde del crimen (creo que más antiguo) de México, y para alcalde, en lugar de Antonio Maldonado, me ha parecido proveer al licençiado Rojas oydor de Manila, y para fiscal, en lugar de Eugenio de Salazar, al licençiado Cuende, collegial del collegio de Cuenca, y conforme a esto daréis orden que se hagan luego los despachos» (AGI, Indiferente General, leg. 741, núm. 177; y HEREDIA HERRERA, A.: *op. cit.*, t. I, núm. 1725, pp. 641 y 642). No fue, a la postre, el licenciado Juan Cuende quien sustituyó, al frente de la fiscalía de la Audiencia de México, a Eugenio de Salazar, sino el licenciado Marcos Guerrero, por RP de nombramiento de 4 de octubre de 1589; e, interinamente, mientras éste llegaba a su destino, fue designado por la Audiencia de la Nueva España, desde el 15 de enero de 1590, día en el que Salazar tomó posesión de su plaza de oidor, el doctor Luis de Villanueva Zapata, hijo del que había sido también oidor de México y Guatemala, el doctor Alonso de Villanueva. Durante catorce años, Luis de Villanueva Zapata, hasta ser elegido fiscal interino o provisional de la Audiencia mexicana, ejerció como abogado ante ella [*MCH*, vol. I, pp. 638 y 639, nota núm. 12; SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 463; y Barrientos Grandón, J.: *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «*De Iurisdictio Animata*» en *el Nuevo Mundo*, t. I, núm. 465, p. 576, y t. II, núm. 746, pp. 698 y 699].

²²⁵ ARREGUI ZAMORANO, Pilar: *La Audiencia de México según los visitadores (siglos XVI y XVII)*, México, reimpresión de 1985 (1.ª ed., México, 1981), pp. 80-85 y 152.

²²⁶ AGI, Escribanía de Cámara, leg. 1180. Ya una RC de 6 de abril de 1583 había ordenado a la Audiencia de Guatemala, presidida por el licenciado Diego García de Valverde, que informase por qué razón había sido autorizado Eugenio de Salazar, habiendo sido ya promovido a la fiscalía de la Audiencia de la Nueva España, a extender fianzas en México de la deuda que tenía contraída en Santiago de Guatemala, en favor de la caja de la real hacienda de esta provincia, por importe de más de 2.000 ducados (AGCA, A1.23, leg. 1513, f. 627 r).

cambio, al margen de esta acusación un tanto genérica, fue absuelto de la de no asistir a la caja de bienes de difuntos, a sus cuentas y entregas, fiando a un tercero la llave que sólo él debía usar, según se decía en el cargo número XV. Nada importante, pues, por lo que pudo tomar posesión de su plaza de ascenso, y merced real, de oidor de la Audiencia de la Nueva España. Durante su desempeño, el *doctor* Eugenio de Salazar, puesto que lo fue, por la Universidad de México, en su Facultad de Cánones, desde el 23 de agosto de 1591, como se indicó en su momento, y también su rector en 1592 y 1593, comenzó a redactar, en los períodos de asueto que le permitía su trabajo en la Audiencia, una obra en la que pretendía «dar un principio de luz en los casos de las Audiencias de las Indias, a los jueces nuevos que a ellas vienen». Así lo comunicó el virrey Luis de Velasco, en una carta escrita el 27 de mayo de 1594, y remitida al Consejo de Indias, con la que enviaba una parte de dicha obra jurisprudencial. Para ella pedía la aprobación, el privilegio de impresión, y que le fuese hecha merced al oidor Salazar, en premio a sus servicios, en la persona de su hijo primogénito, el licenciado Fernando de Salazar, de algún oficio²²⁷. Debe tratarse, probablemente, de los que Eugenio de Salazar llamaba los *Puntos de Derecho*, acerca de los *negocios incidentes en las Audiencias de Indias*, algunos de los cuales parece que llegaron a ser impresos, mientras que otros permanecieron manuscritos²²⁸.

No en su primogénito, sino en su misma persona, vio reconocidos sus servicios al rey el doctor Eugenio de Salazar, afortunadamente para él, en vida, con el nombramiento de consejero de Indias, según una RP de 27 de septiembre de 1600, con el que le premió Felipe III²²⁹. Había partido Salazar de la ciudad de México, sin embargo, antes de que le llegasen sus despachos de designación, el 24 de marzo de 1600. Y ello fue debido a que el nuevo virrey de la Nueva España, Gaspar de Zúñiga y Acevedo, conde de Monterrey, le había comisionado para erigir la nueva población o asiento de la ciudad de Veracruz, en cuyo traslado oficial participó el 15 de julio de 1600, y para visitar el muelle y las obras de fortificación del puerto. Una vez que tuvo conocimiento, y notificación oficial, de su ascenso al más alto puesto en la jerarquía burocrática indiana, el Consejo de Indias, el doctor Salazar se embarcó para la Península Ibérica en la flota de la Nueva España, surta en el puerto de San Juan de Ulúa entre septiembre de 1599 y febrero de 1600, al mando del general Juan Gutiérrez de Garibay. Habiendo enfermado en el viaje, tuvo que detenerse en Sevilla, y también en el camino hacia la corte, hasta obtener licencia para entrar en ella²³⁰. Llegó a la villa de Madrid el 14 de octubre de 1600, y, ese mismo día, tomó posesión de su plaza de consejero de Indias²³¹. Apenas dos años, empero, también

²²⁷ AGI, México, leg. 22, núm. 136.

²²⁸ ÁLVAREZ Y BAENA, J. A.: *Hijos de Madrid*, t. I, p. 407.

²²⁹ AGS, Quitaciones de Corte, leg. 13; y SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. I, p. 356.

²³⁰ AGI, Indiferente General, leg. 811.

²³¹ SCHÄFER, E.: *op. cit.*, t. I, pp. 245 y 246, nota núm. 4. Una consulta de la Cámara de Indias, despachada en Madrid, de 21 de marzo de 1601, informó favorablemente acerca de su petición de que le fuesen abonados los siete meses (menos diez días), transcurridos desde su partida de la ciudad de México hasta su llegada y toma de posesión en la corte, en proporción a los 800.000 maravedís anuales que percibía como oidor de México. Un informe favorable que tuvo en cuenta que, «nunca dexó de ser oydor hasta que tomó posesión de la promoción». Y así le fue

en este caso, por segunda vez en su carrera profesional, como en la de oidor de la Audiencia de la isla Española, pudo Salazar ejercer como ministro del Real y Supremo Consejo de las Indias. En la villa de Valladolid, a donde se había trasladado la Corte de Felipe III, como sabemos, falleció el 16 de octubre de 1602²³². Exactamente tres meses y una semana después del deceso de su colega, el doctor Antonio González.

Fue el doctor Eugenio de Salazar, además de jurista y magistrado, fiscal y oidor de Audiencias indianas, y consejero de Indias, un poeta de gran, aunque reservada, si no secreta, vocación. Entre los manuscritos de la Biblioteca de la Real Academia de la Historia de Madrid figura una *Silva de poesía, compuesta por Eugenio de Salazar, vecino y natural de Madrid*, que ocupa 533 folios, dividida en cuatro partes²³³. Es un claro exponente de la lírica bucólica, pastoril, que se hallaba muy en boga en su época, de lo que son buena muestra sus numerosas églogas, canciones, madrigales, epístolas en tercetos, sonetos, cantos, elegías. En su introducción, o preámbulo, proporciona las razones de discreción por las que su autor no se había decidido a dar todas estas composiciones líricas a la luz pública, en vida²³⁴. En cambio, sí alcanzaron difusión

reconocido «Esta bien», por resolución real (AGI, Indiferente General, leg. 811). También AGI, México, leg. 1, núm. 108; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1600-1604)*, núm. 362, pp. 85 y 86.

²³² AHP, Protocolo 2695, f. 458 r.

²³³ Que así resume, y comenta, ÁLVAREZ Y BAENA: «La primera se subdivide en dos. La primera de éstas, son obras Bucólicas, compuesta de Sonetos, Églogas, Canciones y Mandriales ó Madrigales. Y la segunda de Canciones, Epístolas en tercetos, y Coplas, Sestinas y Sonetos. La segunda parte de toda la obra contiene á diferentes asuntos y personas, Églogas, Cantos, Canciones, Epístolas, Sonetos, una Elegía, una Sátira. Hieroglíficos y Canciones en metro castellano é italiano, entras las quales Poesías se comprehende un Canto, que hizo en loor de la traducción de los libros de *Re militari*, del Secretario Diego Gracián, que se imprimió con ella en Barcelona, año de 1567, y otro en alabanza de los *Diálogos Militares*, del Licenciado Diego García de Palacio, Oidor de Guatemala y México, dado a luz con esta obra en México, año 1583, en 4.º, que la sirve de argumento. La tercera parte se subdivide en otras tres. En la primera se observan varios Metros Bucólicos al Nacimiento y Encarnación del Hijo de Dios. En la segunda, diferentes asuntos de devoción y penitencia, con las tres Lecciones del Oficio de Difuntos, que canta la Iglesia. En la tercera, obras Líricas á varios santos, en Sonetos, Canciones, Estancias, Cantos, Salmos de loores, y una versión del primer treno del Profeta Jeremías. La quarta parte de la obra contiene cinco Cartas en prosa: quatro, que son 2, 3, 4 y 5, á las personas, y de los asuntos que quedan referidos; y la 1 á Juan de Castejón, en que se ve una puntualísima y satírica pintura moral de la Corte, con los colores más vivos y sobresalientes» (ÁLVAREZ Y BAENA, J. A.: *Hijos de Madrid*, t. I, pp. 407 y 408).

²³⁴ Unas razones que comenta, en forma de diálogo, con sus hijos y futuros, presuntos, descendientes: «Hijos, esta Silva de Poesía no me determiné a publicarla en mis días porque, aunque (si no me engaño) tiene obras que pueden salir a la luz, temí por causa de mi prophesión y ofiçio, no tuviesen algunos a desauthoridad publicar, e imprimir, obras en metro castellano. No sé si esta razón cesará después de mi muerte: comunicadlo con amigos que sean cuerdos y graves, y tengan buen voto, y si les pareciere que la obra es tal, y que mi memoria no padecerá detrimento en publicarla, hazedla imprimir. Que si Dios es servido que yo dexé acabados e impresos mis *Puntos de Derecho*, o en estado que vosotros los podáis acabar e imprimir en mi nombre, primero que esta *Silva*, aun parece se podrá mejor publicar ella, pues habiéndose visto mis trabajos jurídicos, no se presumirá que gasté mi tiempo en hazer metros. Consideradlo todo bien, y hazed lo que fuese más acertado» [Biblioteca de la Real Academia de la Historia (BRAH) de Madrid, Manuscritos (Mss.), 9/5477]. Y, refería, después, muy detalladas instrucciones sobre cómo quería que fuese impresa su poesía, si sus hijos resol-

pública, y hasta solemnemente oficial, algunas otras. En 1580, en Santiago de Guatemala, Salazar fue el autor reconocido de los jeroglíficos y letras con que resultó adornado el túmulo, en las honras que la Audiencia guatemalteca hizo a la reina difunta, y cuarta esposa de Felipe II, Ana de Austria. En la ciudad de México, en 1598 y 1599, trabajó también en los emblemas y poesías ofrendados por la Audiencia novohispana, en las exequias a la memoria de aquel mismo monarca. Con otro sentido y finalidad, también en México compuso otros muchos y variados poemas, algunos de los cuales no serían publicados, por Bartolomé José Gallardo, hasta 1889: la *Descripción de la laguna de México*, en octavas reales; una *Epístola*, en tercetos, dirigida a Hernando de Herrera, en la que elogiaba la ciudad de México, y el florecimiento de su cultura, escuelas e ingenios, etc.²³⁵.

vían publicarla. Proporcionaré, a continuación, algunas muestras del estro lírico del fiscal, oidor y consejero-poeta, relacionadas, concretamente, con su paso por la Audiencia de Guatemala. Se inicia su obra con un soneto (f. 1 r) dedicado al bachiller Pedro de Liévana, deán de la iglesia catedral de Guatemala: «Si quando aquel gran Alexandro vido/de Achilles las cenizas tan famosas/ por beneficio de las nueve Diosas/ sacadas de poder del ciego olvido/ con gran envidia el ánimo movido./ y no de las proezas valerosas./ mas del Poeta, que tan raras cosas/ supo poner en estilo tan subido:/ llamó dichoso a aquel, que por la sciencia./ por la divina Homérica centella/ fue coronado con tan gran tiära: / con cuánta más razón (Eugonio) aquella/ fuerça de vuestro amor, y rara esencia/ será envidiada en vuestra Musa clara?» (BRAH, Mss., 9/5477). Más adelante (f. 215 r y v), vuelve a dedicar al mismo deán, con quien debió mantener una recíproca amistad, y comunes inclinaciones literarias durante su estancia en Santiago de Guatemala, otros sonetos. Acto seguido (ff. 2 r-5 r), viene la «Primera parte de la Silva, en que están las obras que Eugenio de Salazar hizo a contemplación de Doña Catalina Carrillo, su amada muger», y que ha sido escrupulosamente editada y anotada, con una introducción, por Jaime J. Martínez Martín, en la ya mencionada obra de SALAZAR, E. de, *Silva de Poesía*, Roma, 2004, pp. 25-148, aunque sólo en lo referido a esta poesía sentimental, y no a las otras partes de la *Silva*, que contienen poesía satírico-burlesca, y de circunstancias, y poesía religiosa. Son varias églogas, sonetos y canciones de tono y tema pastoril, donde Salazar aparece como el pastor *Eugonio*, y canta la a la belleza de su amada, Catalina, en cuyo cuerpo y hermosas facciones se detiene morosamente, dedicándoles hasta quince sonetos: «Al cuerpo y facciones de su Catalina [...], a los cabellos, a los ojos, a la frente, a sus cejas y pestañas, a las narices, a la boca, a la risa, a la habla, a las orejas, a la barba, al cuello, a los pechos, a las manos, al cuerpo, a lo encubierto» (ff. 110 v-114 r). Así, como glosa del tercero, escribe su autor: «Mirad ojos, mirad al que heristes». No faltan tampoco las epístolas «a su Catalina» (ff. 80 r-82 r, 101 v-103 r), ni las bucólicas (ff. 313 r y ss.), los cantos líricos (ff. 438 r ss.), ni las cartas en prosa a amigos particulares (ff. 505 r-533 r). Su objeto poético principal es, no obstante, su enamorada, su mujer: «A quién cantaré lyricos cantares?! a quién galanos versos amorosos?! a quién haré yo rimas bien medidas?! a quién celebrará mi ardiente Musa?! a quién hará suäve son mi lyra?! a quién en verdes campos mi zampoña?! A mi dulce Amor y amada Espossa./ a ti que resplandesces en virtudes./ a ti que en hermosura, y gracia admiras./ a ti sereno mar de mis plazer-.es./ a tí gozoso puerto de mis glorias./ a ti mi bien, que mucho más merescas». Como curiosidad, incluye Eugenio de Salazar una composición, mencionada en la nota anterior por ÁLVAREZ Y BAENA, «A los *Diálogos militares* del licenciado Diego García de Palacio, del Consejo de Su Magestad, y su oidor en la Real Audiencia de Guatemala» (BRAH, Mss., 9/5477, ff. 223 r-229 r). Y no falta tampoco un epitafio, igualmente aludido en el texto: «Hieroglyphicas. En la muerte de la serenísima Reina Doña Ana, nuestra señora, que de Dios goza, la Real Audiencia y Chancillería que reside en la ciudad de Santiago, de la provincia de Guatemala, de Indias, hizo exequias y túmulo muy sumptuoso y solemne, y en el túmulo hizo muchas hieroglyphicas, y letras, de las cuales el autor, que a la sazón residía en aquella ciudad, hizo las siguientes: [...]» (BRAH, Mss., 9/5477, ff. 227 v-283 r).

²³⁵ GALLARDO, B. J., *Ensayo de una biblioteca española de libros raros y curiosos*, t. IV, pp. 326-398.

El licenciado Pedro Belorado Butrón, abogado de la corte, instó, en la villa de Valladolid, el 17 de octubre de 1602, ante el licenciado Martín Fernández Puertocarrero, alcalde de Casa y Corte, y Bartolomé Gallo, escribano del rey y de provincia, que se incoase una información de apertura y publicación del testamento, ológrafo y cerrado, que el doctor Eugenio de Salazar, consejero de Indias, juntamente con su esposa, Catalina Carrillo, había dejado en su casa, entre sus bienes y pertenencias, tras fallecer, como queda dicho, el día anterior, 16 de octubre de 1602, a las diez de la noche. En su pedimento, el licenciado Belorado hacía constar que, en dicha casa del consejero Salazar, vivía una nieta suya, llamada Eugenia de Salazar, que era hija natural de su difunto primogénito, Fernando de Salazar Carrillo, y de Isabel de Monroy. Sólo contaba Eugenia de Salazar con cinco o seis años de edad, y, al tener interés directo en el testamento, siendo Belorado pariente suyo, procedía la incoación de las diligencias necesarias, conducentes a abrir dichas disposiciones de última voluntad, y a nombrar un curador *ad litem* para la menor²³⁶. Ese mismo día, el 17 de octubre de 1602, el alcalde de Corte, licenciado Puertocarrero, decretó el nombramiento de Bartolomé Martínez, procurador del número de oficio de justicia, como curador *ad litem* de la menor, a fin de que con él fuesen seguidos los autos de la testamentaría, y procediese a prestar el oportuno juramento de desempeño del cargo, junto con la presentación de las fianzas legales. También ese mismo día, en unidad de acto, Bartolomé Martínez aceptó la curaduría *ad litem*, de lo que fue levantado el oportuno testimonio, y el licenciado Puertocarrero expidió un segundo decreto, de apoderamiento como tal curador²³⁷. Acto seguido, comenzando a ejercer sus funciones, Bartolomé Martínez presentó otro pedimento, solicitando, igualmente, la apertura y publicación del testamento cerrado, sellado y firmado por el doctor Eugenio de Salazar y su esposa, en la villa de Madrid, el 1 de mayo de 1601. Por último, de conformidad con lo prevenido, y requerido, legalmente, fueron presentados cinco testigos, el mismo 17 de octubre de 1602, que declararon todos reconocer la letra y firmas del testamento cerrado como correspondientes al doctor Salazar y a su esposa, y fueron los siguientes: el primero, el propio licenciado Pedro Belorado Butrón, de cuarenta y seis años de edad; después, Jerónimo de Reina, de más de cuarenta años, que había sido mayordomo de Eugenio de Salazar; el tercer testigo fue su hermano, Diego de Reina, que llevaba unos doce años de criado del doctor Salazar; a continuación, depuso Gabriel González de Sepúlveda, que posaba en casa del conde de Alba de Liste; y, el quinto y último testigo fue Antonio Rodríguez, otro criado de Salazar, de más de sesenta años²³⁸. Cumplidas estas formalidades, el licenciado

²³⁶ AHP, Protocolo 2695, f. 458 r.

²³⁷ AHP, Protocolo 2695, ff. 458 r-459 v.

²³⁸ AHP, Protocolo 2695, ff. 460 r-461 r y 461 r-466 v. Para saber a quién debía ser entregada la herencia, se tenía que proceder a la publicación del testamento, para la cual, los interesados comparecían ante la justicia, presentando una súplica, a fin de que los testigos reconociesen las firmas. Era abierto luego el testamento por el escribano, y los interesados aceptaban llanamente, a beneficio de inventario, o repudiaban la herencia. El testamento debía ser presentado ante el juez dentro del término de un mes, después de la muerte del testador (*Nueva Recopilación*, V, 4, leyes 1, 2 y 14).

Puertocarrero pudo dictar un auto, también el 17 de octubre de 1602, de apertura y publicación del testamento cerrado. En él, constataba el alcalde de Corte que no se hallaba roto, ni cancelado, ni contenía elemento sospechoso alguno, por lo que «le tomó en sus manos, y con unas tixereras saltó los hilos con que estava cosido e çerrado, y le abrió», leyó y publicó²³⁹. De esta forma, también nosotros podemos acceder, histórica, e incluso *legalmente*, a conocer su contenido.

Se trataba, en efecto, de un testamento ológrafo, cerrado y sellado, que había sido protocolizado, ante Pedro Duarte, escribano público y del número de la villa de Madrid, el 1 de mayo de 1601. Le acompañaba, como se anticipó al principio de este apartado, un codicilo, que complementaba las anteriores disposiciones de última voluntad, igualmente manuscrito por el doctor Salazar, en Valladolid, el 1 de diciembre de 1601, dividido en dos partes, la última de las cuales parecía una adición posterior, aunque sin data²⁴⁰. Comencemos por el testamento, integrado por diecinueve cláusulas, numeradas con la habitual separación entre las disposiciones espirituales y las materiales, subrayando, ante todo, la pulcritud de su redacción, y su extraordinario orden y claridad, que difieren, favorablemente para el lector, con respecto al más embarullado estilo del doctor Antonio González. Tras las respectivas declaraciones de filiación de Eugenio de Salazar y de Catalina Carrillo, la primera cláusula contenía la solemne declaración de fe de ambos otorgantes. La segunda, más extensa, las indispensables elecciones de hábito y sepultura, con remisión codicilar del ceremonial funerario. El doctor Salazar quería ser sepultado con hábito de San Francisco, y su esposa con el de San Agustín, ambos en la iglesia parroquial o monasterio más próximo a la casa donde falleciese el primero de ellos. El que siguiese al otro sería enterrado, si moría en el mismo pueblo, villa o ciudad, fuera de Madrid, en la misma sepultura, poniéndose sobre ella «una losa de piedra blanca, con unas letras esculpidas que manifiesten nuestros nombres, y [que] como marido y muger estamos allí sepultados»²⁴¹. En el caso de que muriesen en la villa de Madrid, querían ser sepultados en la capilla mayor de la iglesia de San Ginés, de la que habían sido parroquianos, y en la que estaban enterrados los padres de Eugenio de Salazar. Las cláusulas tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima estaban destinadas a las demandas de misas rezadas, disposición sobre limosnas (para los niños de la doctrina, de 100 ducados para las ánimas del purgatorio y dos hospitales), y previsión de mandas forzosas. En un principio, todo lo relativo al entierro, honras y sufragios quedaba remitido a la voluntad y disposición de los albaceas, pero, en el codicilo de 1 de diciembre de 1601, el doctor Salazar precisó algo más sobre el ceremonial funerario, en el que se debía excusar toda pompa y gasto excesivo, no preciso para el sufragio de las almas. Previendo que podría morir en Valladolid, expresaba su deseo de ser conducido al convento de Carmelitas Descalzos, extramuros de la villa, e inhumado a la mano izquierda de donde lo estaba el licenciado Hernando de

²³⁹ AHP, Protocolo 2695, f. 467 r.

²⁴⁰ AHP, Protocolo 2695, ff. 468 r-476 v.

²⁴¹ AHP, Protocolo 2695, f. 468 v.

Saavedra, consejero de Indias que había sido, «buen amigo y compañero mío», fallecido el 2 de octubre de 1601²⁴². Y también suplicaba a su mujer que, si moría en Valladolid, mandase ser enterrada junto a él, porque, «como hemos vivido juntos tantos años, lo estemos muertos hasta que Dios nos mande llamar para el universal juicio, de donde suplico que, por su piedad y clemencia, nos llame juntos a su gloria, donde le demos gracias y alabanzas eternas, amén»²⁴³. En la cláusula séptima quedaba instituida una memoria perpetua de misas en la iglesia parroquial madrileña de San Ginés, sostenida por cierto censo perpetuo que debía pagar Mateo Rodríguez de Alcántara, vecino de Madrid –uno de los siete testigos presentes en la protocolización del testamento, el 1 de mayo de 1601–, y Diego de Alcántara, su hijo, y sus sucesores, en razón de «ciertas tierras y censos míos que yo les traspasé»²⁴⁴. A la postre, una RC de 19 de octubre de 1602 ordenaría pagar a Diego de Vergara Gaviria 300 reales, gastados, por orden del Consejo de Indias, en el entierro de su ministro, Eugenio de Salazar. Y otras dos RR.CC., datadas en Valladolid, de 4 de abril y de 24 de diciembre de 1603, librarían 500 y 300 reales, respectivamente, en atención a sus necesidades, en favor de su viuda.

Con la cláusula octava daban inicio las disposiciones testamentarias materiales. En concreto, el doctor Salazar confesaba haber gastado la dote de su mujer, para la cual había renunciado a sus legítimas su difunto hermano, Alonso Carrillo. De ahí que Salazar dispusiese que su esposa podría escoger entre los bienes que quedasen del matrimonio, hasta completar, pagar y serle devuelto el valor de la dote, con la adición de las arras prometidas por él en su día. Como consecuencia del nombramiento de consejero de Indias, y de los gastos y deudas contraídas en el viaje de regreso de México a España, Salazar había redactado un memorial, firmado con su nombre, en el que especificaba el nombre de los acreedores y el importe de sus créditos, préstamos y esperas. Puesto que los bienes de la herencia no habrían de resultar suficientes para solventar tales deudas, en la cláusula novena rogaba a su mujer que, si el rey le hacía merced de alguna ayuda pecuniaria tras su fallecimiento, en consideración a sus años de servicio –«como yo espero tenga por bien»–, las pagase, reservando lo preciso para su «honesto y moderado sustento». Si sus obras eran dadas, finalmente, a la imprenta, el importe íntegro de sus presuntos beneficios deberían ser empleados en satisfacer a los acreedores. Entre los bienes de Catalina Carrillo –semovientes, de acuerdo con la disciplina del derecho romano, en su versión *común*, todavía plena, y económicamente, vigente en aquella sociedad del quinientos–, se hallaban hasta ocho esclavos, *negros* y *morenos*, entre mayores y niños, padres e hijos, cuyos nombres detallaba su ama y señora en la cláusula décima. Y lo hacía para manumitirlos, dejándoles en libertad una vez que falleciese su esposo, al que debían servir si le sobrevivía. Además, a dos de

²⁴² SCHÄFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. I, p. 356; y BARRIENTOS GRANDÓN, J., *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «De Iurisdictio Animata» en *el Nuevo Mundo*, t. II, núm. 1554, p. 1062.

²⁴³ AHP, Protocolo 2695, f. 475 v.

²⁴⁴ AHP, Protocolo 2695, f. 469 r.

ellos, los más antiguos en el servicio, Gaspar Nalú y Joana Bran, les dejaba un legado de 100 y 50 ducados, respectivamente, para que comprase algo de ganado el primero, y pudiese sustentarse en el futuro, al igual que la segunda.

En la cláusula siguiente, la decimoprimer, quedaba recogida la consabida relación de los oficios y servicios que el otorgante del testamento, consejero de Indias, había prestado a la corona, a lo largo de toda su vida, a fin de conseguir una última merced regia, que, en el caso de Eugenio de Salazar, que carecía de herederos, al haber muerto ya sus dos hijos, Fernando y Pedro de Salazar, sólo podría beneficiar a su esposa. Desde principios de 1558 –precisaba–, había servido, continuadamente, a Felipe II y a Felipe III en oficios de justicia, en España, en las islas de Tenerife y La Palma, las Audiencias de Santo Domingo, Guatemala y México, y en el Consejo de Indias; sin olvidar los servicios no recompensados de su padre, Pedro de Salazar, al emperador Carlos V, sirviéndole en las guerras de Alemania, «a su propia costa y misión, y historiando y escribiendo las victorias y hazañas deste ínclito abuelo y padre (*de Felipe III y Felipe II*) hasta el día de su muerte, y sirviéndole con la escritura de ellas». Después de tantos viajes por tierras y mares, y de tantos trabajos, la herencia era la de un pobre letrado indiano, detallada en el párrafo que sirve de cita liminar a este apartado: unos libros, una tapicería, un caballo, algo de plata labrada, unos pocos muebles, y vestidos que «no son de precio». Para que su mujer pudiese vivir decentemente, tras su muerte, y fuesen pagadas sus deudas (ambas cosas, claramente le desasosegaban), Salazar rogaba a sus albaceas que sacasen testimonio de esta cláusula testamentaria, y que la presentasen en la Real Cámara de Indias, a fin de que se consultase «a Su Magestad, con charidad, la pobreza en que queda mi buena muger»²⁴⁵. Una pobreza que no había remediado, sino todo lo contrario, su estancia en el Nuevo Mundo. Según la cláusula siguiente, la decimosegunda, la mala suerte había contribuido también a la estrechez de medios económicos en que se hallaba el consejero de Indias. Su amigo, Andrés de Hervás, vecino de Sevilla, le había traído cierto dinero de las Indias, del que le quedaban unos 1.000 ducados, que le remitió en una letra de Jacome Mercado, con otros 5.373 reales, pertenecientes al licenciado Juan de Fonseca, oidor de las Audiencias de Guatemala (desde una RP de nombramiento, de 9 de mayo de 1590) y de México (desde diciembre de 1593), que le había confiado a Salazar para que, en su nombre, pagase a ciertas personas en la corte²⁴⁶. Aceptó Salazar la letra de cambio, pero, antes de que se cumpliera el plazo, tanto Hervás como Mercado quebraron, quedándose él sin cobrar lo suyo, y lo de su compañero de la Audiencia de la Nueva España.

Resulta evidente que, en el testamento de Eugenio de Salazar, de 1 de mayo de 1601, el núcleo del mismo, sus cláusulas centrales son las de los números trece, catorce y quince, destinadas a disponer sobre sus *letras*, sobre sus obras escritas, de derecho y de poesía, las dos grandes vocaciones, y aficiones, del consejero de Indias. Declara dejar, entre sus libros, «quatro escritoçitos

²⁴⁵ AHP, Protocolo 2695, f. 470 v.

²⁴⁶ SCHÁFER, E., *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, pp. 453 y 474.

(sic) de mi mano, encuadernados en pergamino [...], de estudios míos jurídicos», destinados a ser publicados, si ello fuese posible: dos, de marca de pliego, titulados *Casus responssa sive allegationes et lucubrationes Eugenii Sanazari*; otro, de cuarto de pliego, intitulado *Repertorium laborum meorum*; y, un cuarto, de ochavo, rotulado como *Grana an rea utriusque iuris, atque sacre pagine*. También había más libros de derecho, como otro libro grande, de marca de pliego y diversas letras, que «todo él es de avisos tocantes al buen gobierno y seguridad de las Indias»; además de otros tres libros, que coleccionaban diversos estudios jurídicos sobre el gobierno y la justicia indianos, bajo el título de *Doxa culiaribus curiarem Novi Orbis*, que después sería conocido, igualmente, como *De los negocios incidentes en las Audiencias de Indias o Puntos de Derecho*. A ellos se unían otros cuatro libros más, de poesía, y prosa no jurídica: uno, de letra del doctor Salazar y de su hijo Fernando, encuadernado en cuero rojo, que contenía sus obras en verso, y otras breves en prosa; en el segundo, encuadernado en cuero leonado y dorado, de letra del mismo Eugenio de Salazar, y también de mano ajena, se hallaban las mismas obras de poesía, sacadas en limpio, y algunas de las cartas en prosa; en el tercero se hallaba, dedicado a Felipe III, otra obra en prosa del doctor Salazar, titulada *Navegación del alma*; mientras que el cuarto, igualmente encuadernado en cuero leonado y dorado, recogía las obras impresas por su padre, Pedro de Salazar muerto acia 1576. Pues bien, quería Salazar que fuesen dadas a la imprenta estas obras, una vez obtenidos los correspondientes privilegios de impresión, bien con cargo a los bienes de la herencia, o, mejor aún, dada su prevista escasa o nula cuantía, concertando asiento con algún impresor, y destinando los beneficios a pagar las deudas de la herencia. Las obras de derecho habrían de ser dedicadas al licenciado Pablo de Laguna, presidente del Consejo de Indias, a quien Salazar, al igual que el doctor Antonio González, debía «las muchas mercedes que me ha hecho», entre otras, se sobrentiende que la de ser consejero de Indias. Y, las de poesía, al rey, a Felipe III, como ya lo estaba la *Navegación del alma*, por lo que suplicaba «a Su Magestad perdone mi atrevimiento». Junto a los demás papeles, figuraban recibos de deudas antiguas, ya pagadas, y los libros que el difunto Fernando de Salazar había dejado. Pero, lo que más interesaba a Eugenio de Salazar era el recordar algunas obras que su padre había escrito, y no publicado, sobre todo, ciertas *novellas* o cuentos, para los que reclamaba la atención de los albaceas, por considerar que tenían «ingenio, y gustoso y honesto entretenimiento»²⁴⁷.

Los criados de la familia merecían consideración en las cláusulas decimosexta y decimoséptima. Con un legado de 300 pesos de oro, de a ocho reales cada uno, querían demostrar su cariño y agradecimiento al matrimonio formado por María de Figueroa y Jerónimo de Reina, naturales de la Nueva España, alguacil en la gobernación novohispana que había sido el segundo, para los que no había habido ocasión de ofrecerles algún oficio o entretenimiento en México. El agradecimiento a ambos criados llegaba al extremo de consignar, por

²⁴⁷ AHP, Protocolo 2695, ff. 471 r-472 r.

escrito, un lamento que casi Eugenio de Salazar y Catalina Carrillo no se aplicaban a ellos mismos: «Quisiéramos hallarnos sin otras deudas más precisas, para que mejor vieran la buena voluntad que les tenemos, la qual reçiban»²⁴⁸. Otra criada, huérfana, llamada María Carrillo porque la esposa del doctor Salazar había querido que tomase su apellido, dado el cariño que le profesaba, al no haber podido casarla, querían que recibiese un legado de 150 ducados, con los que se vistiese y se pudiese poner a servir a «alguna señora que la trate muy bien». A continuación, en las cláusulas penúltima y última, números dieciocho y diecinueve, eran declaradas las voluntades testamentarias esenciales: la institución de heredero y el nombramiento de los albaceas. Estos últimos, con carácter solidario, eran el jesuita Gaspar Moro, al que calificaban de íntimo amigo, y al ya conocido Mateo Rodríguez de Alcántara, de quien decían ser deudos. Y, también, aquel esposo que sobreviviese al otro. Porque, carentes de sucesión legítima y forzosa, al haber fallecido sus hijos Fernando y Pedro, ambos estudiantes en la Universidad de Salamanca, y una hija, Eugenia, nacida en Tenerife, y bautizada en la iglesia de los Remedios de la ciudad de La Laguna el 10 de noviembre de 1568, pero, que debió morir en Santo Domingo, al igual que, tiempo atrás, sus respectivos padres, Eugenio de Salazar y Catalina Carrillo se instituyeron, recíprocamente, herederos universales de todos sus bienes hereditarios. Únicamente, en este testamento de 1 de mayo de 1601, se hacía una rápida alusión a una presunta nieta de ambos, puesto que su hijo, Fernando de Salazar Carrillo, muerto hacia 1600, como su hermano Pedro lo había hecho antes de 1594, había declarado, en su testamento, que dejaba una hija natural, de tres años de edad, en poder de su madre, en la ciudad de Salamanca, pero, a la cual, «hasta ahora no hemos visto». Pese a todo, disponían que, tras la muerte de ambos, si quedaban bienes, pagadas las deudas, irían para aquella desconocida nieta, a la que, «en el entretanto, el que de nosotros quedare vivo hará el bien que pueda»²⁴⁹.

En el codicilo redactado en Valladolid, el 1 de diciembre de 1601, no hay más noticias, ni precisiones, sobre esta nieta, cuyo nombre, Eugenia de Salazar –bien expresivo–, y el de su madre, Isabel de Monroy, no habremos de conocer hasta que se inicien las diligencias de apertura y publicación del testamento, a partir del 17 de octubre de 1602. Lo que sí se advierte es un significativo nombramiento de albacea, añadido al de los anteriores: el del licenciado Belorado Butrón, quien se declararía pariente de dicha nieta, en su pedimento de incoación de tales diligencias de apertura testamentaria. Con el tiempo, la madre, Isabel de Monroy, recibiría, el 19 de abril de 1614, una merced regia de 50 ducados, por el temprano fallecimiento de la menor. Por lo demás, en dicho codicilo, tras declarar la forma de entierro que el doctor Salazar quería para sí, y su esposa, como ya se ha visto, y disponer que su paje, Diego de Reina, recibiese un vestido de luto y 50 ducados, se trataba de aclarar alguna circunstancia sobrevenida. Dos de los esclavos negros, Fran-

²⁴⁸ AHP, Protocolo 2695, f. 472 r.

²⁴⁹ AHP, Protocolo 2695, f. 472 v.

cisquito y Gasparcito, dos niños pues, habían muerto, y una hermana suya estaba gravemente enferma. Como se recordará, estos pequeños, junto con sus padres, hasta el número de ocho, habían servido para pagar la dote y las arras de Catalina Carrillo, que eran las deudas más privilegiadas en derecho y primeras en el tiempo, con respecto a las restantes deudas de la herencia, con lo cual, siendo ya suyos, la mujer del doctor Salazar los había manumitido, con la condición suspensiva de la muerte de su esposo. Pero, valoradas dichas dote y arras en 1.200 y 200 ducados, respectivamente, resultaban insuficientes para completar dicha cantidad los esclavos negros que quedaban vivos, por lo cual, para no defraudar los derechos dotales de Catalina Carrillo, que moriría en febrero de 1604, se prevenía que ésta cobraría, además de dichos esclavos, los que estuvieren vivos a la muerte del doctor Salazar, lo que fuese necesario suplir de los bienes de la herencia, hasta tal cantidad conjunta de 1.400 ducados. En fin, preocupado Eugenio de Salazar por la vida y la salud de su esposa, que estaba muy enferma, rogaba a sus criadas, María de Figueroa y María Carrillo, que le asistiesen hasta su muerte²⁵⁰. Tristes encargos con los que el consejero de Indias se despedía en este codicilo de 1 de diciembre de 1601, y su adición al mismo no fechada, pero que mostraban explícitamente el amor que el matrimonio se profesó a lo largo de toda su existencia, durante más de cuarenta y cinco años, en verso, en metro castellano... y, en vida.

4. EL DOCTOR ALONSO CRIADO DE CASTILLA: UN CONSEJERO SUPERNUMERARIO, HOMBRE DE LETRAS Y DE ARMAS, O EL SIGNO DE UN NUEVO SIGLO

«Que sirvió la dicha plaza (*de oidor de la Audiencia Real de Panamá*) con mucha puntualidad y rectitud, y que fue de los más señalados ministros que ha avido, que demás de aver administrado justicia con singular aprobación, gobernando la dicha Audiencia, aviéndose puesto muchos y extraordinarios remedios para la conquista y pacificación de los negros zimarrones de Puertobelo, Vallano y Capira, que hazían grandísimos daños, robos, fuerças, muertes y otros insultos, y amparavan a los co[r]sarios ingleses y françeses que infestavan las costas del mar del Sur, y del Norte [...], salió a la conquista y pacificación de los dichos zimarrones, a los quales con su mucha industria, sagaçidad, prudencia y buen gobierno paçificó y reduxo al servicio de su Magestad, y asentó con ellos, y capituló la paz, asistiendo a todo ello por su persona, con mucho riesgo de su vida, y gran gasto de su hacienda» (AGI, Guatemala, leg. 60, ff. 1 v-2 r).

²⁵⁰ AHP, Protocolo 2695, ff. 475 r-476 v.

Con el doctor Alonso Criado de Castilla como presidente-gobernador de la Audiencia y distrito de Guatemala se asiste al tránsito del siglo XVI al XVII, en el Nuevo Mundo. Un *mundo*, el de las Indias, en el que las circunstancias militares, las necesidades defensivas, frente a la amenaza corsaria de franceses, ingleses y, tiempo después, de los holandeses –las monarquías enemigas de la Universal Hispánica en Europa, que procuraban socavar su poder al otro lado de la Mar Océana–, urgía a los letrados a portar armas, pasando de la *toga* a la *capa* y la *espada* la dirección de los asuntos políticos, hacendísticos y de guerra. Algunos juristas, como Criado de Castilla, supieron manejarse razonablemente en aquella nueva época, y combinar con oportunidad la pluma y la espada, según los tiempos y los lugares. De ello dio testimonio su hijo, Andrés Criado de Castilla, capitán general que había sido en la provincia de Guatemala, cuando su padre ejercía de presidente, gobernador y capitán general, entre 1598 y 1611, por ejemplo, en una relación de méritos y servicios de hacia el año 1611. De la *memoria* testamentaria, directa, manuscrita, de los consejeros Antonio González y Eugenio de Salazar, acudimos ahora a otra *memoria*, la vicaria del hijo primogénito del doctor Criado de Castilla, consejero supernumerario de Indias, que habría de morir sin poder servir su plaza. Porque la provisión de plazas supernumerarias en el Consejo de Indias se inició en tiempos de Felipe III, siendo Criado de Castilla el primer consejero togado supernumerario en el Nuevo Mundo, de acuerdo con su título, librado por RP, en Valladolid, el 2 de agosto de 1608, a la vista de una consulta de la Cámara de Indias, fechada en Madrid el 11 de febrero de 1608. A los consejeros letrados, en plaza supernumeraria, no sólo les correspondía el uso y ejercicio de la misma, «en la forma ordinaria», sino también el goce de sueldo entero. En el momento de producirse la primera vacante, el titular de la plaza supernumeraria optaba a la plaza del número en cuestión. Además, después del doctor Antonio González, que lo había sido en el siglo XVI, fue Criado de Castilla el segundo presidente letrado que, en el XVII, tras Alonso Maldonado de Torres, presidente de la Audiencia de Charcas en 1604, ascendió directamente al Consejo de Indias²⁵¹.

Natural de Andújar, en tierras giennenses, Alonso Criado de Castilla nació hacia 1540. Era hijo legítimo de Andrés Criado y de Marina Castilla, ambos también originarios de Andújar, en el Reino de Jaén. Estudió en la Universidad de Salamanca, alcanzando en ella el grado de bachiller en Cánones. Se doctoró, también en Cánones, en la Universidad de Sevilla, tras ingresar, en 1568, en el Colegio de Santa María de Jesús, donde residió durante siete años. En la Universidad de Sevilla llegó a regentar tres cátedras, de Instituta, de Vísperas de Cánones, y de Prima de Leyes (por lo que, hay que presumir que también se había graduado *in utroque iure*), además de ser rector de la Universidad hispanense. Ejerció como abogado en el foro, siendo defensor de reos del Santo

²⁵¹ AGI, Guatemala, leg. 1; AHN, Consejos, lib. 724, ff. 43 v y 111 v; y BARRIENTOS GRANDÓN, J.: *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «*De Iurisdictio Animata*» en *el Nuevo Mundo*, t. I, pp. 209 y 210 y 316 y 317.

Oficio, y juez de apelaciones y de testamentos²⁵². Sería su prestigio como letrado el que propiciase que el licenciado Juan de Ovando, presidente del Consejo de Indias, le ofreciera escoger una plaza de oidor en las Indias, bien en el Nuevo Reino de Granada, en Panamá o en Santo Domingo. De este modo, por RP de 13 de diciembre de 1573, fue nombrado oidor de la Audiencia Real de Panamá²⁵³. Un destino, el de la provincia de Tierra Firme y su ciudad de Panamá, al que accedió a mediados del año 1574. Dos años después, en 1576, se casó con Casilda de Vera.

Casilda de Vera y Barrasa había nacido en la villa de Mucientes, en tierras vallisoletanas. Era hija del licenciado Diego de Vera, natural de Madrid, y de María Barrasa, también nacida en Mucientes. Diego de Vera fue oidor de la Real Audiencia peninsular de Galicia, y presidente de las Audiencias de Santo Domingo (en virtud de una RP de nombramiento, de 11 de noviembre de 1566) y de Panamá (por RP de 18 de febrero de 1568), falleciendo, precisamente en la ciudad de Panamá, el 19 de abril de 1573. Su padre, el licenciado Diego López de Vera, fue oidor de la Real Chancillería de Valladolid²⁵⁴. Fruto de aquel matrimonio, entre Alonso Criado de Castilla y Casilda de Vera, fue el nacimiento de un único hijo legítimo, que llegase a la edad madura, Andrés Criado de Castilla y Vera, autor de la relación de méritos y servicios, de 1611, aproximadamente, antes aludida, que se halla íntegramente recogida en el *Apéndice documental* III. Nació Andrés Criado de Castilla en Lima, hacia el año 1587, llegando a ser caballero de la Orden de Santiago, en la que realizó sus pruebas de ingreso en 1617. Contraería matrimonio con Luisa de Aguilera, natural de Madrid. Durante la presidencia-gobernación de su padre, ejerció de teniente de capitán general, llegando a socorrer el puerto de Santo Tomás de Castilla, en 1606 y 1607, en calidad de tal, frente a los enemigos corsarios que querían desembarcar en él, y robar las mercaderías allí almacenadas²⁵⁵. Tras el fallecimiento de su padre, regresó, junto con su madre, a España. Residió, en 1617, en Madrid, donde vivía con «lucido trato de su persona y casa», y en la corte mantenía «nombre y opinión de muy buen jinete». En las pertinentes informaciones de limpieza de sangre depusieron como testigos, entre otros, el licenciado Alonso Maldonado de Torres, precisamente, y el doctor Juan de Villela, consejeros de Indias y amigos de su difunto padre; fray Francisco de Ribera, generalísimo de la Orden de Nuestra Señora de la Merced; el contador Melchor de Castro Macedo; o el relator de la Audiencia de Lima, el licenciado Fabián Velarde de Santillana. Su hijo, y nieto del doctor Alonso Criado de Castilla, llamado como su abuelo, Alonso

²⁵² AGI, Panamá, leg. 13, ramo 10, núm. 30; ÁLVAREZ Y BAENA, J. A.: *Hijos de Madrid*, t. I, pp. 289 y 296; OLLERO PINA, José Antonio: *La Universidad de Sevilla en los ss. XVI y XVII*, Sevilla, 1993, p. 380; BARRIENTOS GRANDÓN, J.: «Estado Moderno y Judicatura Letrada en Indias. Colegiales del de Santa María de Jesús de Sevilla en plazas togadas», núm. 10, p. 287; y VALLEJO GARCÍA-HEVIA, José María: «La Inquisición en el distrito de la Audiencia de Guatemala (1569-1609)», en *AHDE*, Madrid, 71 (2001), pp. 161-265, en particular, pp. 235-265.

²⁵³ SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 468.

²⁵⁴ AGI, Guatemala, leg. 60, f. 1 r y v.

²⁵⁵ AGI, Guatemala, leg. 60, f. 15 r y v.

Criado de Castilla y Aguilera, vio la luz en Madrid, recibiendo el hábito de Santiago el 18 de marzo de 1642²⁵⁶.

Habiendo ya tomado posesión de su plaza de oidor de la Audiencia Real de Tierra Firme, desde la ciudad de Nombre de Dios, el 7 de mayo de 1575, Alonso Criado de Castilla remitió a la corte, a Felipe II y al Consejo de las Indias, una extensa carta de relación o *Sumaria descripción del Reino de Tierra-Firme, llamado Castilla del Oro, que está sujeto a la Real Audiencia de la ciudad de Panamá*²⁵⁷. En ella, la referida descripción geográfica, política y humana del distrito de la Audiencia panameña iba acompañada de otra relación, la del valor y la distribución de los diezmos del obispado de Panamá. Y concluía la misma, significativamente, haciendo un balance numérico de los esclavos negros que había en las dos provincias de su distrito, las de Tierra Firme y Veragua. Su número aproximado –aunque sus cálculos procuraban ser pormenorizados– llegaba a una cifra fijada en los 8.629, lo que demostraba el problema, efectivo y en potencia, de los negros *cimarrones*, es decir, de los esclavos fugitivos, que huían hacia las montañas y la selva, manteniéndose rebeldes frente a las autoridades reales²⁵⁸. Lo cierto es que, entre 1577 y 1579, Criado de Castilla presi-

²⁵⁶ AHN, Órdenes Militares-Santiago, Pruebas, leg. 3, expte. núm. 482; GARCÍA CARRA-FFA, Alberto y Arturo: *Diccionario heráldico y genealógico de apellidos españoles y americanos*, t. XXX, Madrid, 1928, p. 259, nota núm. 1; MENA GARCÍA, María del Carmen: *La sociedad de Panamá en el siglo XVI*, Sevilla, 1984, pp. 201, 210 y 224; y LOHMANN VILLENA, Guillermo: *Los americanos en las Órdenes nobiliarias (1529-1900)*, 2 tomos, reedic. de Madrid, 1993 (1.ª ed., Madrid, 1947), t. I, p. 116.

²⁵⁷ Publicada en PERALTA, M. M. de: *Costa Rica, Nicaragua y Panamá en el siglo XVI*, pp. 527-540. Y, después, dos veces más: «Alonso Criado de Castilla, *Sumaria descripción del Reino de Tierra Firme llamado Castilla del Oro, que está sujeto a la Real Audiencia de Panamá*», en la *Revista Lotería*, Panamá, 344 y 345 (noviembre-diciembre, 1984); y *Alonso Criado de Castilla. «Sumaria descripción del Reyno de Tierra Firme» (1575). Geografía de Panamá*, estudio introductorio y antología de Omar Jaén Suárez, Panamá, 1985.

²⁵⁸ Dividía el doctor Criado de Castilla su distrito en dos provincias: la de Veragua y la de Tierra Firme. La capital de la provincia de Veragua era la ciudad de La Concepción, donde residían el gobernador y los oficiales de la real hacienda. Contaba entonces con unas 35 ó 40 casas, en las que habitaban unos 30 vecinos, cuyas «haciendas son negros que les sacan oro». A tres leguas de distancia se hallaba la principal riqueza de la provincia, el asiento de minas, radicado en el río de Santiago de Turluri. Dicho asiento estaba formado por unas 30 casas, con iglesias, y un clérigo que «les diçe misa a costa de los señores de los dichos negros». Doce leguas más allá se encontraba la ciudad de Santa Fe, la primera población que había sido fundada en Veragua. Sus 30 vecinos se dedicaban a «llevar a vender su ganado a la gente de las dichas minas, para su sustentación». Francisco Vázquez, un extremeño de Badajoz, había sido el fundador de ambas ciudades, y su descubridor y primer gobernador. Veinte leguas más allá de Santa Fe estaba otro lugar, llamado la Filipina, poblado por un natural de aquellas partes, Alonso Vaca, cuyos 20 vecinos se sustentaban del maíz que les proporcionaban los indios, no muy pacíficos. Finalmente, a cinco leguas de allí por mar, y a veinte por tierra, se llegaba a otro poblado, Meriato, que no era «pueblo formado, más de que asisten en él siete u ocho veçinos, con çinquenta negros, sacando oro». El gobernador de Veragua era de provisión real, residía en La Concepción, y se apelaba ante él contra las sentencias y resoluciones dictadas por los alcaldes ordinarios de las ciudades y lugares mencionados. La capital de la provincia de Tierra Firme, sede de la Real Audiencia y de la iglesia catedral, situada sobre la costa de la Mar del Sur –proseguía Criado de Castilla–, era la ciudad de Panamá. Sus 400 casas, «de madera, muy perfiçionadas», albergaban a unos 500 vecinos, más

dió, como oidor decano o más antiguo, la Audiencia Real de Panamá. En ese tiempo, acertó a resolver, o al menos a paliar notablemente durante algunos

otros 800 estantes o residentes de paso. Era aquella una «gente muy política, todos españoles y gran parte dellos originarios de la ciudad de Sevilla». Su oficio, común y generalizado, era el de «tratar y contratar, excepto quince o veinte vecinos que tratan los campos y viven de los ganados, y hacienda, que en ellos tienen». Como encrucijada de caminos, terrestres y marítimos, que era Panamá, la mayor parte de sus habitantes eran de poco asiento, y estaban muchos de paso, para ir al Perú o para regresar a España. Había tres monasterios de frailes, aunque con pocos religiosos: el más antiguo, el de la Merced, el de San Francisco, y el más moderno o de Santo Domingo. En el hospital, se recogían los enfermos pobres, que pasaban, de ordinario, de los sesenta. La catedral, aunque de madera, era un bello templo. A la orilla del mar, junto a las casas de la Real Audiencia, estaba el puerto, donde podían entrar sólo navíos y embarcaciones pequeñas, ya que no había fondo suficiente para los de mayor porte. La marea dejaba más de una legua de tierra en seco cuando subía, y quedaban varadas las naos. De ahí que las más grandes cargasen y descargasen en una isla que estaba a dos leguas de distancia, y en otro puerto, abrigado y apacible, llamado de Perico, donde atracaban cada año, procedentes de Nicaragua y el Perú, más de cuarenta navíos. También describía el oidor de la Audiencia de Tierra Firme cómo eran transportadas por el Istmo, entre la Mar del Norte y la del Sur, las mercaderías desembarcadas por las flotas que llegaban de España en el puerto de Nombre de Dios. Por el río Chagre, los barcos tripulados por esclavos de los vecinos de Panamá llevaban dichas mercancías hasta una casa llamada de las Cruces, que era un depósito de mercaderías, situado a mitad de camino, perteneciente a los bienes de propios de la ciudad de Panamá. Había cámaras en la casa, que se alquilaban a los mercaderes por medio peso de oro diario. En recuas de mulas eran, por último, transportadas las mercaderías hasta la ciudad de Panamá, lo que suponía recorrer seis leguas por tierra. Desde Nombre de Dios a la casa de Cruces había unas dieciocho. Pero, se interponían dos amenazas, siempre latentes. Los corsarios se apostaban en la desembocadura del río Chagre, a fin de sorprender a las embarcaciones que por allí navegaban, cargadas de riquezas. Y los negros cimarrones, los esclavos fugitivos, se escondían, defendían y hacían fuertes en las riberas selváticas del Chagre. El peligro de los cimarrones aumentaba cuando se aliaban con los corsarios franceses e ingleses, y, en cualquier caso, amenazaba constantemente la existencia misma y la seguridad de los vecinos de la ciudad de Panamá: «Está aquesta ciudad muy molestada de los negros çimarrones que andan por el monte, bajando divididos en quadrillas con sus capitanes, y un negro rey a quien todos obedescen, y por quien se gobiernan. Andan por el monte desnudos en carnes; traen por armas, de ordinario, arcos muy grandes y fuertes, con agudas flechas y unas lançillas mayores que dardos y machetes, y no usan de veneno para las flechas, ni de otro veneno, porque no lo saben; ni tienen arcabuces, ni otras armas ingeniosas, porque como son bárbaros, no tienen industria para las hazer, aunque entre ellos hay herreros que hazen los yerros de las lanzas y flechas. Y salen al camino a robar las recuas de mercaderías que van de Nombre de Dios a Panamá. Matan, de ordinario, la gente que encuentran, y hazen daño en las estanças y hatos de ganado, por do los señores dellos no tienen hacienda segura. Y aunque en todo tiempo son muy perjudiciales, quando se juntan con franceses o ingleses, con quien tienen amistad, son muy dañosos, valiéndose de la industria y armas de estos estrangeros, por donde aqueste pueblo está expuesto a grandes peligros destes enemigos» (PERALTA, M. M. de: *Costa Rica, Nicaragua y Panamá en el siglo xvi*, p. 532). Concluía el doctor Criado de Castilla su carta de relación haciendo un repaso de las demás poblaciones de la provincia de Tierra Firme. La ciudad de Nombre de Dios era el puerto de la Mar del Norte donde atracaban todas las flotas y galeones que venían de España. Dicho puerto era poco seguro, y muy peligroso cuando soplaban vientos del norte. Por eso se perdían muchos navíos, o alguna flota entera, como la de 1565, comandada por el general Aguayo. Sus 200 casas no estaban habitadas todo el año, sino sólo cuando se esperaba que recalase la flota, y cuando se iba a comprar y vender, allí mismo, las diversas mercaderías. El resto del tiempo, únicamente unos 50 vecinos vivían en aquella tierra enfermiza, de calor excesivo y continuadas lluvias: «Es tierra muy mal sana, a causa de estar rodeada por la parte de tierra de montes muy espesos y çerrados, que la çercan, por do mucha gente de las flotas de España mueren allí, de manera que la reputan por sepultura de espa-

años, uno de los principales y más añejos problemas de aquel territorio audien- cial: el de ciertas poblaciones y asentamientos (*palenques*) de negros cimarrones. Eran éstos, como se ha dicho, esclavos huidos, que se rebelaban y asalta- ban a los mercaderes, y a sus recuas de mulas que iban de Nombre de Dios a la ciudad de Panamá, de un lado a otro (de la Mar del Norte a la Mar del Sur) del istmo panameño, llegando a robar y a matar muy cerca de los pueblos, villas y ciudades de españoles. Su mayor peligro radicaba, no obstante, en el auxilio que prestaban a los corsarios que merodeaban por las costas del Mar del Norte u océano Atlántico –con el tiempo, desde Drake, a partir de 1579, también en la Mar del Sur u océano Pacífico–, y que desembarcaban en el Istmo. Ya en 1569 y 1570, para reducir a los negros cimarrones que había alzados por mon- tes y despoblados, y acabar con su principal asentamiento, el de Vallano, situa- do a unas treinta leguas de Nombre de Dios, el virrey del Perú, Francisco de Toledo, la Audiencia y el cabildo municipal de la ciudad de Panamá habían decidido nombrar a un capitán que los redujese, y que poblase el lugar de espa- ñoles. Pero fue el doctor Alonso Criado de Castilla quien logró reducir pacífica- mente a los, aproximadamente, dos mil negros cimarrones que había, dividi- dos en cinco pueblos o asientos, de Monte de Vallano y Capira; y también a los que moraban cerca de Portobelo, con la colaboración de su hermano, Manuel Criado de Castilla, que participó en aquella *jornada* de pacificación como alfé- rez general²⁵⁹.

El capitán Andrés Criado de Castilla, para subrayar los méritos de su padre, que entonces, hacia 1611, había ya muerto, ejerciendo la presidencia, governa- ción y capitanía general de la Audiencia y territorio jurisdiccional de Guatema- la, al objeto de alcanzar algún oficio o merced regia para él, como hijo legítimo, descendiente directo y heredero suyo, se detiene en proporcionar un detallado relato de dicha reducción pacífica de los cimarrones de Monte Vallano y Capira, entre marzo de 1579 y abril de 1582, en su mencionada información o relación de servicios, en los términos que quedan sintetizados en la cita que encabeza este último apartado. Por él sabemos que, presidiendo interinamente la Audien- cia de Panamá su padre, el 11 de marzo de 1579 llegó a la sede audien- cial un negro cimarrón de la parcialidad de Portobelo, que «eran los que más daños

ños» (PERALTA, M. M. de: *op. cit.*, p. 534). Por si no resultase suficiente el clima, la mar estaba infestada de corsarios, y de negros cimarrones la tierra. La iglesia era un buen templo, pero, sólo se contaba con un monasterio de dominicos, muy pobre, con uno o dos religiosos tan sólo. Un hospital, dotado de pocas rentas, apenas podía atender a los muchos enfermos que en él se reco- gían. Un lugar apacible, de asiento fértil, era el de la ciudad de Natá, con 60 vecinos que vivían de la labranza y de la cría de ganado. La Audiencia de Panamá proveía en ella un alcalde mayor, que la gobernaba. Dos pueblos de indios, de unos cien tributarios cada uno, los de Ola y el Pueblo Nuevo de los Reyes de Chirú, estaban dentro de sus términos. No tenían encomenderos, sino que pagaban a la hacienda del rey el diezmo del ganado que criaban, y del maíz que cosechaban. Más allá había un pueblo de españoles de reciente erección, la villa de los Santos, de unos 50 vecinos labradores, que proveían de maíz y ganado a la ciudad de Panamá. Había otros pueblos de indios, como los de Cubitá y Chepo, también de la real corona, con sus respectivas iglesias y doctrinas (PERALTA, M. M. de: *Costa Rica, Nicaragua y Panamá en el siglo XVI*, pp. 527-540).

²⁵⁹ AGI, Patronato, leg. 266, ramo 20.

hazían», acompañando a otros esclavos negros, que Criado de Castilla había enviado a sus palenques, para tratar de reducirlos por medios pacíficos. Hincado de rodillas ante él, en las casas reales, dicho negro cimarrón le dijo que «su capitán mayor le embiaba, y que pues el Doctor Criado de Castilla era el cuchillo, y ellos la carne, que cortase por donde quisiese, que no querían yr a otra parte, sino venir a donde él estava», y que, por tanto, cuando se entrevistase con ellos, en el monte, vendrían a servirle, a él y al rey, como unos buenos vasallos cristianos. Estos negros cimarrones de la parcialidad de Portobelo, junto con otros que se habían asentado en el cerro de Cabra, y que aceptaron ser reducidos el 4 de mayo de 1579, fueron a poblar un pueblo próximo a Nombre de Dios, llamado Santiago del Príncipe. Como consecuencia del éxito de esta primera empresa pacificadora, Criado de Castilla fue felicitado, agradeciéndosele sus servicios, mediante dos RR.CC., de 10 de enero y 11 de noviembre de 1580²⁶⁰.

Tiempo después, en 1582, volviendo a presidir provisionalmente la Audiencia de Panamá, en su condición de magistrado más antiguo, el doctor Criado de Castilla proveyó un auto, el 7 de enero, por el que se ordenaba admitir la paz ofrecida, y la voluntad manifestada de reducirse a población del capitán Antón Mandinga, que era el caudillo de los negros cimarrones de Vallano. Estos esclavos rebeldes se hallaban en el pueblo de San Miguel, aguardando a que la Audiencia resolviese sobre su futuro. De ahí que Criado de Castilla decidiese designar al general Pedro de Ortega Valencia, para que fuese a recoger a dichos cimarrones, y se los llevase al asiento de Santa Cruz la Real, en el Río Grande. Un asiento que buscó el mismo oidor-presidente interino, puesto que, el 10 de enero de 1582, salió personalmente de la ciudad de Panamá, y recorrió montañas, ríos y quebradas en pos del mejor lugar de asentamiento para los cimarrones de Vallano. El que encontró apropiado fue bautizado por él mismo, en nombre de Felipe II, poniéndole el nombre indicado, de Santa Cruz la Real. Allí hizo levantar casas de madera, y trazó su planta, indicando dónde habrían de ser erigidas la iglesia y el hospital, las calles y la plaza. El 18 de enero recibió al general Ortega Valencia, que llegaba acompañado de siete capitanes de negros cimarrones. A todos tomó juramente de vasallaje al rey, y, el 20 de enero de 1582, mandó hacer una lista con los nombres y filiación de los 175 negros cimarrones, entre mujeres, niños y hombres, que habían acudido de paz, y que, después, habrían de superar el número de los quinientos. Les fue dicha misa, y ordenó Criado de Castilla que eligiesen ellos a un mayoral y *mandador*, aunque todos debían quedar sujetos al alcalde mayor que les fuese nombrado. Eligió, también, el doctor Criado a un sacerdote doctrinero, y a un proveedor para los gastos de los bastimentos. De acuerdo con el deán de la iglesia catedral de Panamá, que tenía la comisión de la sede vacante, se procedió a bautizar a los niños negros que no lo habían sido antes, para lo cual hizo de padrino de todos el propio Criado de Castilla, así como a celebrar los matrimonios que fuesen precisos. Al mismo tiempo, acordó con los mandadores y capitanes de negros que, carentes de encomenderos los nuevos pobladores, su tributo al rey consistiría en la tercera parte de los frutos, maíz,

²⁶⁰ AGI, Guatemala, leg. 60, ff. 1 v-3 r. La cita, en el f. 2 v.

azúcar, algodón, arroz, frijoles y demás legumbres que cultivasen, y cosechasen. También les dictó varias ordenanzas de gobierno y justicia, al tiempo que, para evitar que los montes de Vallano quedasen desiertos, o los tomasen los enemigos, hizo pregonar en la ciudad de Natá y en la villa de los Santos que sus vecinos fuesen a poblar en ellos, recibiendo, a cambio, alguna ayuda de costa. También nombró un contador para los gastos de sustento de los negros cimarrones, puesto que corrían a cargo de la real hacienda. La Audiencia de Panamá, a la vista de los autos, con asistencia del fiscal, Diego de Villanueva Zapata, aprobó todo lo actuado por Criado de Castilla, el 10 de abril de 1582²⁶¹.

Como oidor decano de la Audiencia de Tierra Firme, Alonso Criado de Castilla, durante este período, tuvo igualmente una destacada intervención en el éxito de la resistencia de Nombre de Dios frente a los ataques de los corsarios. Fue él, por lo demás, quien avisó al virrey de México, Martín Enríquez, a la Audiencia de Guatemala, y al gobernador y justicias de la provincia de Nicaragua, de la llegada de Francis Drake, del que tuvo noticia por un navío llegado del Perú, el 16 de marzo de 1579. En una carta remitida a Felipe II, y datada, en la ciudad de Panamá, el 17 de abril de 1579, apuntaba que, según creía, el corsario inglés regresaría a la Mar del Norte, saliendo por el río de San Juan del Desaguadero de Nicaragua, o a través del istmo de Panamá, por Vallano²⁶². Más eficaces que estas erradas previsiones suyas fueron los preparativos que acometió para el buen fin, y suceso, de la llamada *jornada de las Filipinas*, es decir, de la construcción de galeones para comerciar directamente la Nueva España con las islas del Poniente o Filipinas, para lo que hubo de comprar herramientas, útiles y mercaderías en las provincias de Nicaragua y Quito. Finalmente, también se preocupó de las labores necesarias para el desempeño del Juzgado de Provincia, esto es, de conocimiento y resolución de las apelaciones interpuestas contra las sentencias de instancia pronunciadas en ciertos pleitos civiles, dentro del distrito audiencial, así como del cuidado e inspección de los bienes de difuntos y del fisco regio²⁶³.

Tras una consulta del Consejo de Indias, elaborada y adoptada en Madrid, el 21 de noviembre de 1580, y posterior RP de nombramiento, de 15 de diciembre de 1580, le fue despachado al doctor Criado de Castilla el título de oidor de la Audiencia de la Nueva España. Pero, estando en la ciudad de Panamá, dispuesto ya para partir, se le comisionó para visitar la Audiencia de la Nueva Galicia. La resolución regia a dicha consulta del Consejo de Indias, de 21 de noviembre de 1580, dejaba bien claro, a este respecto, la razón, única, concreta, fundamental, de su designación para la Audiencia de México: «Está bien que vaya allí por oydor el doctōr Criado, y que lleve la comisión que aquí se diçe, y en lo demás se mirará lo que convendrá»²⁶⁴. No tuvieron efecto, sin

²⁶¹ AGI, Guatemala, leg. 60, ff. 3 r-5 v.

²⁶² AGI, Patronato, leg. 266, ramo 20.

²⁶³ AGI, Guatemala, leg. 60, ff. 5 v-6 v.

²⁶⁴ AGI, Indiferente General, leg. 739, núm. 267; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1529-1599)*, t. I, núm. 824, pp. 299 y 300. También SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 453.

embargo, ni el título, ni la comisión, que fueron revocados y sustituidos, antes de que saliese de Tierra Firme, por el título de oidor de la Audiencia de Lima, datado el 5 de junio de 1581, previa consulta del Consejo de Indias, de 13 de mayo de 1581²⁶⁵.

En su nuevo destino, en la Ciudad de los Reyes, ejerció, además, como consultor del Santo Oficio de la Inquisición, un cargo que le fue confiado el 14 de diciembre de 1588. En 1594, para repeler los ataques del corsario Richard Hawkins, fue designado teniente de capitán general en el puerto de El Callao por el virrey, Andrés Hurtado de Mendoza, marqués de Cañete. Una vez transcurridos casi quince años de servicio en las tierras del Perú, mientras el licenciado Alonso Hernández de Bonilla, antiguo inquisidor de México y visitador de las Audiencias del Virreinato del Perú entre 1580 y 1596, además de obispo consagrado de México, se hallaba visitando la Audiencia de Lima²⁶⁶, fue propuesto el doctor Criado de Castilla, por el Consejo de Indias, en primer lugar, para ocupar la presidencia-gobernación vacante de la Audiencia de Guatemala, según una consulta de 30 de mayo de 1596. Felipe II aceptó el orden presentado en la terna, y, finalmente, le fue despachado el título de nombramiento tres semanas después, por RP, expedida en Toledo, de 20 de junio de 1596²⁶⁷. Previamente, había sido propuesto para desempeñar las presidencias de otras Audiencias indianas vacantes, como las de la Nueva Galicia (en consulta de 28 de noviembre de 1592)²⁶⁸, el Nuevo Reino de Granada (de 6 de febrero de 1596)²⁶⁹ o la de Panamá (de 30 de marzo de 1596), aunque, en todas ellas, sin éxito. En esta última, la presidencia de la Audiencia Real de Panamá, que era una plaza para la que Criado de Castilla tenía toda la experiencia posible, fue desechada su candidatura, y la de otros pretendientes a ella, porque los continuos ataques de los corsarios aconsejaban la designación de un militar, y no de un letrado. De este modo lo justificó la resolución regia a dicha consulta, de 30 de marzo de 1596:

«Véase si la ocasión precedente de lo que ha pasado con los ingleses ha mostrado que sería mejor que se pusiese allí persona de capa y espada, que juntamente con tener las partes necesarias, sea también plático de la guerra»²⁷⁰.

Partió Alonso Criado de Castilla de la Ciudad de Los Reyes en los primeros días del mes de junio de 1598, y entró en Santiago de Guatemala, donde tomó posesión de su cargo, el 19 de septiembre de 1598²⁷¹. Se encontró, de

²⁶⁵ AGI, Indiferente General, leg. 739, núm. 336; HEREDIA HERRERA, A.: *op. cit.*, t. I, núm. 868, pp. 321 y 322; y SCHÄFER, E.: *op. cit.*, t. II, p. 453.

²⁶⁶ AGI, Guatemala, leg. 60, ff. 6 v-7 r.

²⁶⁷ Y no de 1598, como quiere SCHÄFER, E.: *op. cit.*, t. II, p. 473. También AGI, Guatemala, leg. 395, lib. 6, f. 405 r y v; y MCH, vol. I, núm. 339, pp. 584 y 585. Y AGI, Indiferente General, leg. 743, núm. 251; y HEREDIA HERRERA, A.: *op. cit.*, t. II, núm. 2789, p. 253.

²⁶⁸ AGI, Indiferente General, leg. 742, núm. 72; y HEREDIA HERRERA, A.: *op. cit.*, t. II, núm. 2069, p. 38.

²⁶⁹ AGI, Santa Fe, leg. 1, núm. 131; e *Ibid.*, t. II, núm. 2654, p. 214.

²⁷⁰ AGI, Panamá, leg. 1, núm. 85; y HEREDIA HERRERA, A.: *op. cit.*, t. II, núm. 2715, p. 232.

²⁷¹ AGCA, A1.23, leg. 4575, f. 458 r. Una RC, extendida así mismo en Toledo, de 6 de agosto de 1596, había sido dirigida a los oficiales de la caja de la hacienda real de Guatemala, y

inmediato, con una Audiencia cuya composición o plantilla era la siguiente: el licenciado Álgar Gómez de Abaunza, que era el oidor decano, y que había ejercido, hasta entonces, como presidente interino; los licenciados Antonio de Ribera Maldonado y Alonso de Coronado; y el fiscal, licenciado Tomás Espinosa de la Plaza. De inmediato, se ocupó Criado en cumplir una RP, de 30 de junio de 1596, que llevaba consigo, y que le comisionaba para tomar residencia a su predecesor, el doctor Francisco de Sande, que había sido promovido, como se recordará, a la presidencia del Nuevo Reino de Granada²⁷². Al mes de haber llegado, el 29 de octubre de 1598, el presidente-gobernador Criado de Castilla remitió ya, desde la ciudad de Santiago, su primera relación o carta al rey, que entonces lo era un recién ascendido al trono, Felipe III, y a su Consejo de Indias. El gobernador de la provincia de Honduras, Jorge de Alvarado, y el cabildo de la ciudad de Trujillo le habían avisado de que los corsarios ingleses habían desembarcado y asaltado la isla de Puerto Rico, por lo que peligraba la seguridad de los puertos hondureños de la Mar del Norte (Puerto de Caballos, Trujillo). Una seguridad ya, de ordinario, muy precaria, puesto que lo cierto era que, incluso en circunstancias normales, los corsarios franceses e ingleses llevaban muchos años robando, con extremada facilidad, entre Puerto de Caballos y el Golfo Dulce. Al desembarcar las mercaderías, en Puerto de Caballos, los navíos que llegaban procedentes de España tenían que transportarlas, a continuación y necesariamente, a pequeños barcos, lanchas y fragatas, bordeando la costa, hacia el oeste, hasta llegar al Golfo Dulce. Desde aquí, desde el Golfo Dulce, el camino por tierra hacia la ciudad de Santiago de Guatemala, la capital política y económica del distrito audiencial, resultaba mucho más practicable y factible que desde el lejano Puerto de Caballos. Como es de suponer, los corsarios conocían perfectamente las circunstancias y dificultades de dicho transporte costero, y sólo tenían que preocuparse de permanecer apostados a lo largo del litoral para caer sobre sus pequeñas, pero muy valiosas, presas. Para acabar con esta situación, con tal sangría económica, sólo cabía adoptar dos medidas de defensa: o bien fortificar los puertos de llegada de las mercancías, o bien buscar un camino terrestre alternativo, que evitase los fáciles apresamientos de los corsarios enemigos durante la navegación de cabotaje²⁷³. Pues bien, cada una de estas dos opciones estuvo representada por un presidente-gobernador de Guatemala: la primera, la del fortalecimiento de la defensa

en ella se les prevenía que no cobrasen derechos de almojarifazgo al nuevo presidente-gobernador, por los bienes que llevase para el servicio de su familia y casa, durante el tiempo en que permaneciese en su empleo, y hasta la cantidad máxima de 1.000 ducados por cada año (AGI, Guatemala, leg. 396, lib. 6, f. 414 v; y MCH, vol. I, núm. 391, p. 613). De interés general, y no sólo particular, era otra RC, de 7 de agosto de 1596, que también se le hizo llegar al doctor Criado, señalando que él solamente tendría el gobierno de todo el distrito de la Audiencia de Guatemala, o sea, que ejercería como presidente y gobernador general en los mismo términos en que lo había sido su antecesor, el doctor Francisco de Sande (AGI, Guatemala, leg. 395, lib. 6, f. 414 r y v; y MCH, vol. I, núm. 419, p. 623).

²⁷² AGI, Guatemala, leg. 11, ramo 6, núm. 41.

²⁷³ AGI, Guatemala, leg. 11, ramo 1, núm. 5.

costera, por el doctor Francisco de Sande; la segunda, la de la búsqueda de nuevos caminos terrestres, por el doctor Alonso Criado de Castilla.

El presidente Sande, precisamente, había elevado un escrito a Felipe II, y a su Consejo de las Indias, el 4 de abril de 1596, dando cuenta, como es de suponer, de las medidas de defensa militar que había decidido emprender, para la protección del comercio en su territorio jurisdiccional y gubernativo. Esta carta fue respondida a través de una RC, fechada en El Pardo, de 28 de noviembre de 1596, que luego tuvo que ser remitida a Criado de Castilla, como sucesor suyo en el cargo que ya era. Puesto que los corsarios habían incendiado el viejo asentamiento del pueblo de Puerto de Caballos, Sande había ordenado que los vecinos y mercaderes fuesen trasladados a otro lugar, y que 60 soldados vigilaran la construcción de una nueva fortificación. Había resuelto, al mismo tiempo, construir una torre defensiva en el Golfo Dulce, con idéntica misión de protección del comercio marítimo. Una torre que era descrita según la planta trazada al efecto, que se adjuntó con la misiva, por la que tenía «una cadena de madera que pareció bastaría, aunque la distancia era algo larga, por haberse de pasar más apegado a la torre, donde hay siete brazas de agua y de la otra parte el bajío, y que en esta torre estuviesen doce soldados de los sesenta que se pusieron en Puerto de Caballos, con dos piezas de artillería que se quitaron al corsario Geremías el año pasado (*de 1595*), y que en la dicha torre se podrían cobrar mis derechos de almojarifazgo». Unos derechos reales, éstos de almojarifazgo, percibidos en los puertos de mar, que constituían la principal partida de ingresos en la caja de la real hacienda de la provincia de Honduras. Para mejorar su cobro y gestión, Sande había mandado trasladar dicha caja real a la ciudad de San Pedro y, además, proponía que, en lugar de poner el contador y el tesorero tenientes suyos, sin salario (y, por tanto, sin interés directo), en los puertos, uno de dichos oficiales debería asistir permanentemente en Puerto de Caballos y el otro en Trujillo, reuniéndose sólo para elaborar las cuentas que debían rendir, y remitir, al Consejo de Indias. El entramado defensivo se complementaría –en el proyecto del doctor Sande– con dos naos de remos que navegasen entre el puerto de Trujillo, Puerto de Caballos y la embocadura del Golfo Dulce, durante el tiempo de carga y descarga de mercaderías, preservando la navegación costera de los asaltos de los numerosos y temibles corsarios que infestaban aquellas aguas²⁷⁴.

Esta RC de 28 de noviembre de 1596, en respuesta a la carta del doctor Sande que se acaba de referir, resumiendo sus líneas generales, ordenaba a Alonso Criado de Castilla que pusiera en ejecución los planes y los proyectos de su predecesor. Nada de eso hizo el nuevo presidente, gobernador y capitán general. Frente a la política de prevención militar y de defensa costera, el doctor Criado abogó por otra, que logró imponer, de sustitución de las vías marítimas de transporte por nuevos caminos terrestres, interiores y no expuestos a la acción depredatoria de los enemigos de la Monarquía española. No se tenía

²⁷⁴ AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, ff. 145 v-147 r; y MCH, vol. I, núm. 311, pp. 552-554. La cita, en el f. 146 r y en la p. 553, respectivamente.

noticia, desde la época de la conquista de las tierras centroamericanas, de que hubiese un camino practicable entre Puerto de Caballos y la ciudad de Santiago de Guatemala, pero, Criado de Castilla se empeñó en hallarlo, y envió a un vecino, llamado Juan Mexía, a descubrirlo. Y lo encontró. De esta forma, como aseguraba en la también antes citada carta de 29 de octubre de 1598, ya no era prioritario fortificar Puerto de Caballos, siendo su mejor defensa, por el contrario, que el puerto y la playa estuviesen desiertos. Recordaba Criado, a este respecto, que, siendo oidor decano de la Audiencia de Panamá, ya había impulsado el trazado de un camino entre los Reinos de Tierra Firme y de Guatemala, por el que pudiesen ser acarreadas las mercaderías de las flotas y galeones en recuas de mulas, orillando así los peligros de su transporte por mar. Dentro de su misma política de diversificación y búsqueda de nuevos caminos, terrestres y marítimos, había impulsado, igualmente, la limpieza y acondicionamiento del puerto de Iztapa, situado a escasas leguas de Santiago de Guatemala, como es sabido, donde una afortunada riada había desplazado los bancos de arena y ahondado el puerto, que podía llegar a ser el mejor de la Mar del Sur para la provincia de Guatemala²⁷⁵. Estas nuevas medidas gubernativas de defensa y protección del comercio en el distrito de la Audiencia guatemalteca recibieron, asimismo, la bendición del Consejo de Indias. En respuesta a su carta de 29 de octubre de 1598, otra RC, también extendida en El Pardo, de 30 de noviembre de 1599, animó al nuevo presidente a culminar sus proyectos, y a mantener informada de ellos a la corte²⁷⁶.

Al margen de una posterior misiva, de 25 de abril de 1599, en la que trataba de otros asuntos²⁷⁷, Criado de Castilla volvió a insistir, el 20 de mayo de 1599, en su idea, y convicción, de que el Golfo Dulce era «una ladronera, en que tantos robos han hecho» los enemigos del Rey Católico. En cambio, el nuevo y recién descubierto camino de la Xigua, entre Puerto de Caballos y Santiago de Guatemala, supondría sustituir ventajosamente el peligroso traslado de mercaderías entre Puerto de Caballos y el Golfo Dulce. Era la fundación de nuevas poblaciones, además, y la apertura de nuevos caminos y puertos, y no la exclusiva explotación de las minas, lo que promovía la riqueza en tierras guatemal-

²⁷⁵ AGI, Guatemala, leg. 43; y LEYVA, Héctor M.: *Documentos coloniales de Honduras*, Tegucigalpa, 1991, pp. 99-108.

²⁷⁶ AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, f. 152 r y v; y MCH, vol. I, núm. 312, pp. 555-556.

²⁷⁷ Como eran, por ejemplo, los de informar al Consejo de Indias que las exequias por la muerte de Felipe II habían sido oficiadas por el obispo de la Verapaz, Juan Fernández Rosillo, dado que el obispo de Guatemala, fray Gómez Fernández de Córdoba, había fallecido en julio de 1598. Personalmente –hacia constar–, había levantado el estandarte real por el nuevo monarca, Felipe III. También anunciaba el envío del servicio económico extraordinario, pedido por el advenimiento al trono de un nuevo soberano. Con este motivo, Criado hacía un breve repaso informativo de los principales frutos de aquellos parajes (uno industrial, la tinta de añil; otro natural, el cacao), cuya cosecha comenzaba desde la festividad de San Juan (24 de junio), que era cuando la gente de aquellos lugares tenía posibilidades para servir al rey. El envío de las remesas de plata se efectuaba cada dos años, por los meses de febrero o marzo, puesto que no se producía suficiente cantidad como para remitirla cada año. Los gastos ordinarios, finalmente, en concepto de salarios, ayudas de costa, limosnas, ascendían a 100.000 tostones anuales, en toda la circunscripción territorial de la Audiencia de Guatemala (AGI, Guatemala, leg. 11, ramo 2, núm. 9).

tecas. De ahí que él procurase erigir pueblos de españoles y de indios a la vera del camino de la Xigua; y también de grupos de mulatos y de negros libres que desembarcasen rápidamente las mercancías, con la promesa de que si construían un poblado cerca de Puerto de Caballos, serían relevados, durante cierto tiempo, del pago del tributo. Ninguna de estas medidas pobladoras suponía descuidar el mantenimiento de una milicia de infantería y de caballería, para la que reclamaba el urgente envío de mosquetes y arcabuces que la hicieran efectiva²⁷⁸.

A pesar de que considerase prevalente el fomento del comercio, y la apertura de nuevas vías de comunicación, para el desarrollo de la riqueza y de la economía de su distrito, el doctor Criado de Castilla tampoco despreció, ni olvidó, las tradicionales fuentes de riqueza que se venían explotando en él. Así, en otra carta de 15 de mayo de 1600, propuso algunos medios para fomentar el beneficio de las minas de plata de Honduras, que fueron aprobados por RC de 20 de junio de 1602. Para ello, para poner en labor nuevos yacimientos mineros, podrían trabajar los indios, aunque vigilando que fuese con «la menor vejación posible». Tampoco olvidó abordar el presidente-gobernador general el problema tradicional de la reducción de los indios infieles, o indios de guerra. En ese mismo escrito o relación, informaba a la corte de que, en la provincia de Honduras, habían sido reducidos unos quinientos indios, junto al pueblo de Olancho el Viejo, en un lugar llamado Xicaque, lo que permitiría, en el futuro –eterno sueño imposible–, conquistar y pacificar la provincia confinante de la Taguzgalpa. Hacia el oeste, en el otro foco de indios de guerra que existía en aquella parte del istmo centroamericano, se había logrado someter, en febrero de 1600, a varios pueblos de indios en la provincia de la Verapaz, lo que también posibilitaría conquistar, algún día, a los feroces lacandones²⁷⁹. Por otra parte, los cabildos de la ciudad de San Miguel y de la villa de Jerez del valle de la Choluteca, en tierras sansalvadoreñas la primera, y fronterizas entre las provincias de Guatemala y de Nicaragua, la segunda, denunciaron, ante el Consejo de Indias, mediante sendas cartas de 22 y de 12 de noviembre de 1602, los abusos que en aquellas zonas cometían con los indios los alcaldes mayores, corregidores y jueces de milpas. Los alcaldes ordinarios y los regidores de los cabildos de San Miguel y de la Choluteca consideraban que quienes mejor gobernaban a los indígenas eran sus señores naturales: el gobernador indio que había en cada pueblo, los alcaldes ordinarios indios elegidos anualmente, también en cada pueblo o comunidad, y, finalmente, acudiendo a los sacerdotes (clérigos y religiosos) doctrineros. En absoluto eran necesarios, ni convenientes, los alcaldes mayores, corregidores y jueces de milpas, cuyos abusos eran referidos con detalle: contrataban en su demarcación como si fuesen mercaderes, engordaban caballos para su venta a costa de los naturales, hacían labrar grandes milpas e hilar algodón en su beneficio, trataban en cacao, robaban a los indios (maíz, gallinas) lo que luego les obligaban a comprar, a su vez, a altos precios, les depojoban de los caudales y bienes que les pertenecían, en sus cajas de comunidad... En definitiva, los alcal-

²⁷⁸ AGI, Guatemala, leg. 11, ramo 2, núm. 10.

²⁷⁹ AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, ff. 164 r-165 v.

des ordinarios de los pueblos de españoles (de las villas de Jerez de la Choloteca y de la Trinidad de Sonsonate, de las ciudades de San Salvador y de San Miguel) eran suficientes, junto con la Audiencia de Guatemala, y los gobernadores indios, que también les castigaban justamente, para desagrar a los naturales. Se podría obviar, de esa forma, la perniciosa presencia e influencia de los alcaldes mayores, corregidores y jueces especiales (de milpas, de gallinas)²⁸⁰.

Durante los más de once años de desempeño efectivo de la presidencia-gobernación de la Audiencia de Guatemala, dos de los más destacados proyectos gubernativos del doctor Alonso Criado de Castilla fueron, pues, como se ha podido comprobar, la limpieza y acondicionamiento del puerto de Iztapa, sobre la Mar del Sur u océano Pacífico; y el descubrimiento de un camino terrestre entre Puerto de Caballos, sito en la costa de la Mar del Norte u océano Atlántico, en la gobernación de Honduras, y que constituía la salida natural de la de Guatemala para la Península Ibérica, y la capital misma de Santiago de los Caballeros. El llamado camino terrestre de la Xigua, practicable para las caballerías, las recuas de mulas, que habían de atravesar los términos de la ciudad de San Pedro, evitaba que las mercancías descargadas en Puerto de Caballos tuvieran que ser transportadas, como se ha indicado, mediante lanchas o navíos de poco porte, al Golfo Dulce (lo que suponía 18 leguas de navegación por mar, y 9 por río), para, desde allí, continuar por tierra hasta Santiago de Guatemala, siguiendo una primera ruta marítima excelentemente conocida por esos corsarios que siempre estaban prestos, y apostados, para abordar dichas lanchas y barcas. De esta forma, no sería preciso fortificar Puerto de Caballos, como se ha adelantado²⁸¹. Se preocupó Criado de Castilla, igualmente, de levantar un fuerte en la parte más estrecha del cauce del río del Desaguadero de Nicaragua, con el mismo objetivo de impedir la acción de los corsarios, en este caso, para obstaculizar e impedir su paso a la Mar del Sur. Y a su presidencia se debió, asimismo, el descubrimiento del puerto de Santo Tomás de Castilla o de Amatique, como se desprende de la simple lectura de los autos que dictó, el 8 de mayo de 1603, en su condición de presidente-gobernador²⁸², así como el haber abierto otro camino terrestre que permitiese llevar las mercaderías hasta Santiago de Guatemala, desde el nuevo puerto, obviando, de otra forma, los

²⁸⁰ AGI, Guatemala, leg. 43, núm. 101; y AGI, Guatemala, leg. 44 B, núm. 67.

²⁸¹ Siendo presidente-gobernador el doctor Francisco de Sande, informó al Consejo de Indias que solía haber, en la ciudad de Trujillo, un capitán de guerra, cuyo salario, de 100 pesos anuales, estaba situado sobre una encomienda de indios de aquella ciudad. Como recordaba una RC de 3 de octubre de 1596, dirigida al doctor Criado de Castilla, como sucesor suyo en la presidencia-gobernación de Guatemala, por «ser toda aquella costa larga y muy frequentada de enemigos, convenía bolber a poner el dicho capitán en Trujillo y otro en la ciudad de San Juan (*villa de San Juan de Puerto de Caballos*), para que tengan alistados (*a*) los veñinos mulatos y negros, exercitados y disciplinados para que puedan ser de provecho en la ocasión». Dichos capitanes de guerra, de Trujillo y Puerto de Caballos, deberían ser dos vecinos, de «los más príncipales y de conveniencia, inclinados a la guerra», a los que se daría orden de «exercitar la dicha gente, y hazer los alardes [...], y tenerla aperzivida, y en buena orden para qualquier rebato que se ofrezca» (AGI, Guatemala, leg. 423).

²⁸² AGI, Guatemala, leg. 60, f. 9 v.

riesgos de transportarlas por el Golfo Dulce. Sostenía el doctor Criado de Castilla, con gran acierto, en suma, para justificar su activa política de gobierno, que la riqueza de la tierra dependía de las nuevas poblaciones que se fundasen, y de los caminos y puertos que se fuesen practicando, y no de la exclusiva explotación de las minas, que eran «cosa accidental y finita»²⁸³.

El puerto de Santo Tomás de Castilla o de Amatique fue descubierto el 7 de marzo de 1604, por un piloto llamado Francisco Navarro, que fue quien dio cuenta de su existencia, y por el capitán Esteban de Alvarado, alcalde ordinario del primer voto de la ciudad de Santiago de Guatemala ese año de 1604 (pues, lo había sido antes, del segundo voto, en 1599), que fue a quien se comisionó, directa y expresamente, para inspeccionarlo y sonarlo²⁸⁴. Desde que se produjo tan importante acontecimiento, el presidente Criado de Castilla confió, en 1604, a un religioso, fray Juan de Esguerra, la misión de cristianizar a los indios toqueguas, que habitaban en la costa de Puerto de Caballos, y que luego se asentarían en un pueblo de indios cristianos llamado Amatique, situado a tres leguas, aguas arriba, del puerto de Santo Tomás²⁸⁵. Se trataba de un paso previo

²⁸³ AGI, Guatemala, leg. 11, ramo 2, núm. 10.

²⁸⁴ AGI, Guatemala, leg. 60, ff. 8 v-14 r; REMESAL, Fray A. de: *Historia general de las Indias Occidentales y particular de la Gobernación de Chiapa y Guatemala*, t. II, lib. XI, cap. XX, pp. 636-645; y FUENTES Y GUZMÁN, F. A. de: *Recordación Florida*, t. II, lib. VI, caps. IV y V, pp. 219-226.

²⁸⁵ Al ser descubierto el puerto de Santo Tomás de Amatique, al mismo tiempo se descubrió también que habitaban por allí unos doscientos indios *toqueguas* (o *loquehuas*), de la «misma nación Chol, que queda dicho se extendía desde tierra de Esquipulas y Chiquimula hasta las montañas que estaban de la otra parte del río del Golfo; y estos indios estaban a las faldas de la serranía de Esquipulas, entre Puerto de Caballos y el de Santo Tomás, que allí se llama la Caldera» [XIMÉNEZ, Fray Francisco: *Historia de la Provincia de San Vicente de Chiapa y Guatemala de la Orden de Predicadores*, prólogo de Jorge Luján Muñoz e introducción general de Carmelo Sáenz de Santa María, 3.^a ed., 5 tomos, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas (México), 1999, t. II, lib. IV, cap. V, pp. 28-33; la cita, que sigue a Remesal, en la p. 28]. A instancias, como se ha dicho, del doctor Criado de Castilla, el provincial de la Orden de Santo Domingo, fray Rafael de Luján, ordenó a fray Juan de Esguerra que fuese a evangelizar y a bautizar a los indios toqueguas. Esguerra marchó en compañía de fray Francisco Roque, y «halló que no era menester su presencia, porque el señor Obispo de Honduras, desde su catedral de Valladolid de Comayagua, había enviado un clérigo que se llamaba Juan de Zelaya, el cual, sin aguardar las circunstancias que se requieren y su Prelado le advirtió, tenía bautizados todos los indios, con tan poca doctrina que apenas sabían las oraciones, cuanto y más entenderlas, no sólo lo que contienen, pero, ni aun el lenguaje, por ser en el latín y en romance». Y, añade Ximénez, copiando a Remesal, que: «Estos loquehuas se poblaron en el lugar de Amatique, que tiene su asiento tres leguas más arriba del puerto de Santo Tomás, que se andan todas un río arriba que entra en el puerto. Yo estuve en él (*en realidad, fue Remesal quien estuvo*), día de la Natividad de Nuestra Señora (*8 de septiembre*) del año de 1613, y entendí cómo estos indios loquehuas, viéndose fuera de su natural, se murieron todos, y aun para acabarse los de Amatique faltaban pocos. Detúvose aquí algunos meses el Padre Fray Juan (*de Esguerra*), administrando los sacramentos, así a indios como a españoles, y dando traza a la población que se procuraba hacer, junto con el camino que se abrió desde allí para llevar las mercadurías a Guatemala, sin subirlas por el Golfo Dulce, cosa que no duró por la falta de mantenimientos para las cabalgaduras. Este camino era por las montañas que salen para Esquipulas y Chiquimula, y salió muy fragoso y de muchas montañas, en que aqueste Presidente Don Alonso Criado de Castilla gastó mucha hacienda real, y se malogró todo, como yo he visto en papeles del archivo de la Ciudad de Guatemala» (XIMÉNEZ, Fray F.: *Historia de la Provincia de San Vicente*

para acometer la reducción pacífica y voluntaria de la provincia del Manché, iniciada mediante una primera entrada de misioneros, en el mes de abril de 1603²⁸⁶. Dadas estas buenas perspectivas de sometimiento y pacificación de los indomables indios lacandones, el presidente-gobernador se oponía a la prevista supresión de la diócesis de la Verapaz, estimando que su prelado debía hallarse próximo, cercano, a los indios que se iban a convertir. Poco tiempo después, el doctor Criado ordenó poblar el puerto de Santo Tomás, y despoblar Puerto de Caballos, a través de dos provisiones, hechas promulgar el 3 de abril y el 21 de junio de 1604²⁸⁷. Las primeras naos entraron y fondearon en el puerto de Santo Tomás de Amatique el 16 de enero de 1605²⁸⁸. Pues bien, Alonso Criado de Castilla redactó una prolija carta de relación, en Santiago de Guatemala, con data de 24 de mayo de 1605, dando cuenta del feliz descubrimiento de aquel puerto de Amatique²⁸⁹. Hacía tiempo que buscaba fondeaderos en la Mar del Norte –volvía a insistir en ello–, más seguros que los muy abiertos o expuestos de Puerto de Caballos y el Golfo Dulce. Lo que le había decidido definitivamente –recordaba y subrayaba– era un ataque de corsarios ingleses y franceses, uno más, sobre ambos puertos. En la noche del 17 de febrero de 1603, más de mil corsarios habían desembarcado y asaltado inmisericordemente los navíos de la flota que allí estaban fondeados, sin que sus tripulaciones tuvieran tiempo de repeler el ataque y defenderse²⁹⁰. Entre las medidas provisionales rápidamente adoptadas, había reforzado la artillería emplazada en ambos puertos, en algunos casos reconstruyendo las fortificaciones que estaban derruidas²⁹¹. Para subvenir a tales gastos de armamento y defensa, había destinado, además, las rentas de las encomiendas vacantes: las que había en las provincias de Honduras y Nicaragua, a Puerto de Caballos; y, las de las provincias de Guatemala,

de Chiapa y Guatemala de la Orden de Predicadores, t. II, lib. IV, cap. V, pp. 28 ss.). Fray Juan de Esguerra murió en 1609, en Cobán, de cuyo monasterio dominico había sido prior. Había profesado en el convento de San Pablo de Valladolid, siendo considerado un gran predicador y evangelizador en la Verapaz, y, «el primero que anunció el nombre de Dios a los indios Choles, y que abrió el camino para aquellas reducciones» (*Ibid.*, t. II, lib. IV, cap. XII, pp. 50-52, en concreto, p. 51).

²⁸⁶ Una carta de relación sobre la reducción de la provincia del Manché, que había emprendido con propósitos de pacífica predicación, escrita por fray Juan de Esguerra al presidente-gobernador de la Audiencia de Guatemala, doctor Criado de Castilla, en Santiago de Guatemala, el 17 de marzo de 1605, en AGI, Guatemala, leg. 181; y SAINT-LU, André: *La Vera Paz. Esprit évangélique et colonisation*, doc. núm. XIV, pp. 506-509.

²⁸⁷ AGI, Guatemala, leg. 60, f. 11 r y v.

²⁸⁸ AGI, Guatemala, leg. 60, ff. 11 v-12 r.

²⁸⁹ CRIADO DE CASTILLA, Alonso, «Relación del Presidente de Guatemala, Don..., sobre el descubrimiento del Puerto de Amatique o de Santo Tomás», en los *Anales de la Sociedad de Geografía e Historia de Guatemala*, Guatemala, 31 (1958), pp. 63-66.

²⁹⁰ AGI, Guatemala, leg. 60, ff. 9 v-10 r.

²⁹¹ Existían otras medidas complementarias de defensa, y prevención, también del comercio, como era el caso de una RC de 28 de octubre de 1606, que ordenó al doctor Criado de Castilla que vigilase a los naturales de Holanda y Zelanda, y a otros mercaderes flamencos avecindados en las provincias del distrito de la Audiencia de Guatemala, que se dedicaban al contrabando o comercio ilícito, en perjuicio de la real hacienda. En consecuencia, debía abstenerse el presidente-gobernador de expedir más cartas de naturaleza en su favor, procediendo a expulsar a todos los flamencos, holandeses y zelandeses que careciesen de ellas (AGCA, A1.23, leg. 1514, f. 93 r).

San Salvador y Chiapa, al Golfo Dulce. A continuación, había emprendido la búsqueda, casi desesperada, de un puerto más seguro. Fueron rechazados los puertos de Sal, por tener poco fondo, y de Triunfo de la Cruz, por pequeño. De ahí que hubiese habido que recorrer toda la costa, hasta tener «noticia, aunque confusa, de una ensenada que cerca del dicho Golfo Dulce está, cuyo sitio llamaban de Amatique, junto a una punta que allí hace la mar nombrada Manabique, a la cual todas las fragatas que van y vienen de Puerto de Caballos al dicho Golfo la reconocen de paso, por no estar distante del Golfo más de hasta diez leguas, y del Puerto de Caballos diez y siete o diez y seis»²⁹².

Mencionaba también Criado de Castilla los antecedentes y las dificultades. Los antecedentes tenían nombres y apellidos: Juan de Cuéllar, vecino de Honduras, que había ido a sondear el puerto de Amatique años antes, pero, que lo había dejado, al igual que el ingeniero del rey, Juan Bautista Antonelli, que no había reparado en él cuando, en 1590, fue enviado a sondear Puerto de Caballos y la bahía de Fonseca, para el proyecto de trasladar allí, desde Nombre de Dios y Panamá, la contratación de Tierra Firme y del Perú²⁹³. Las dificultades habían comprendido diversas resistencias, como las de los pueblos costeros de Honduras, desde la ciudad de Trujillo o la villa de San Juan de Puerto de Caballos hasta la ciudad de San Pedro, que temían que con el nuevo fondeadero quedaría despoblado Puerto de Caballos, y, con él, toda la gobernación de Honduras. Pese a tales resistencias, la capacidad y conveniencia del nuevo puerto de Santo Tomás de Amatique fueron aprobadas el 7 de marzo de 1604. Y, en efecto, Puerto de Caballos quedó despoblado, trasladándose sus pocos vecinos al de Amatique, que reconocieron ser mejor, más frío y sano, sin los mosquitos y calores que se prodigaban en el que habían dejado atrás. Otra resistencia vencida fue la del obispo de Honduras, el franciscano fray Gaspar de Andrada, pese a la cual había conseguido Criado de Castilla encomendar la doctrina de los indios comarcanos al puerto de Amatique a los religiosos dominicos de la provincia de la Verapaz²⁹⁴. Se preocupaba, en fin, el presidente-gobernador de la Audiencia

²⁹² CRIADO DE CASTILLA, A.: «Relación del Presidente de Guatemala, Don..., sobre el descubrimiento del Puerto de Amatique o de Santo Tomás», p. 64.

²⁹³ ANGULO ÍÑIGUEZ, Diego: *Bautista Antonelli. Las fortificaciones americanas del s. XVI*, Madrid, 1942, pp. 1-91; LAMB, Ursula, y MILLER, Gary: «Puerto de Caballos, Honduras: an abandoned choice», en VV. AA., *Les Villes Portuaires. (Le Pouvoir central et les villes d'Europe de l'Est et du Sud-Est du XVe au début de la Revolution industrielle)*, Academie Bulgare des Sciences, Viena, 1986, pp. 255-264; ANTONELLI, Juan Bautista, y LÓPEZ DE QUINTANILLA, Diego: «Relación del Puerto de Caballos y su fortificación», en los *Anales de la Academia de Geografía e Historia de Guatemala*, Guatemala, 63 (1989), pp. 161-196.

²⁹⁴ Así describía nuestro presidente-gobernador su victoria, muy necesaria para pacificar a los naturales que vivían en los alrededores del nuevo puerto, a fin de que estuviese franca su utilización: «Y aunque el obispo de Comayagua, pretendiendo que aquella tierra fuese de su jurisdicción episcopal, envió con diligencia un sacerdote [...], que no sabía la lengua, y que a los dichos indios les enseñaba la doctrina y oraciones cristianas en latín, y otras veces en romance (cosa muy extraña y no entendida de los indios), encargué por entonces a religiosos de Santo Domingo, que por tener a su cuidado las doctrinas de la provincia de la Verapaz, y en especial de los pueblos de indios que llaman de Cahabón y Xocolo, comarcanos a los dichos indios, cuyas lenguas se conforman y simbolizan en mucho, me pareció muy conveniente encargarles la dicha

de Guatemala en abrir el indispensable camino desde Amatique, hasta enlazar con el camino real antiguo que iba desde el Golfo Dulce hasta Santiago de Guatemala. Tendría que haber en él una alcaldía mayor, dependiente de Guatemala y no de la gobernación de Honduras, ya que esta última, con su sede en la ciudad de Comayagua, se encontraba muy alejada, mientras que más próxima estaba Santiago de Guatemala, máxime cuando el comercio y el tráfico mayoritario del puerto era sostenido por los ricos mercaderes de la capital²⁹⁵.

En otro orden de cuestiones, conviene aludir al hecho de que, una RC de 4 de noviembre de 1604 ordenó al doctor Criado de Castilla que cumpliera una cédula anterior, de abril de 1572 nada menos, dirigida al presidente-gobernador Antonio González, reiterada por otra posterior de 26 de mayo de 1573, que había mandado quitar el oficio de juez visitador de indios, llamado corregidor del Valle de Guatemala, que la Audiencia había nombrado. Y es que, desde luego, Criado había puesto como corregidor del Valle a su sobrino, Francisco Criado de Castilla²⁹⁶. Los alcaldes ordinarios del cabildo de Santiago de Gua-

doctrina, y no a otros religiosos» (CRIADO DE CASTILLA, A.: «Relación del Presidente de Guatemala, Don..., sobre el descubrimiento del Puerto de Amatique o de Santo Tomás», p. 65).

²⁹⁵ La actividad desplegada por el doctor Criado de Castilla en el descubrimiento y acondicionamiento del puerto de Amatique, y el posterior fracaso, en gran parte, de sus proyectos, queda bien reflejada en este apunte de Juan Gavarrete Escobar, cronista eclesiástico de la diócesis de Guatemala en el s. XIX, extraído de sus *Anales*: «El piloto Francisco Navarro descubre en este día (7 de marzo de 1604), en la costa norte del Reino, entre la desembocadura del río Dulce y Puerto de Caballos, una amplia y hermosa ensenada, muy a propósito para hacer por ella el comercio de Guatemala con los países que baña el Atlántico. Por celebrar este día la Iglesia a Santo Tomás de Aquino, se le puso por nombre puerto de Santo Tomás, con el sobrenombre “de Castilla”, alusivo al presidente Don Alonso Criado de Castilla, que por esta época gobernaba el Reino [...]. Trató a costa de gruesas sumas de abrir un camino que pusiese a este puerto en comunicación con el interior, a fin de que por él se hiciese directamente el comercio y comunicación que, hasta entonces, y con tantas dilaciones y penalidades, se había hecho por el Golfo Dulce [...]. Esta empresa no tuvo el éxito deseado, porque habiendo salido el camino muy frágil, estéril y despoblado, y habiéndose muerto gran parte de los toquehnas (*toqueguas*) con el cambio de lugar, fue bien pronto abandonado por los comerciantes el puerto y su camino [...]. El presidente vio perdidos bien pronto sus afanes, y las grandes sumas que había gastado en la habilitación de Santo Tomás» [GAVARRETE ESCOBAR, Juan: *Anales para la Historia de Guatemala (1497-1811)*, Guatemala, 1980, pp. 44-48; la cita, en las pp. 46-47].

²⁹⁶ AGI, Indiferente General, leg. 811. Este sobrino, Francisco Criado de Castilla, se casó en Santiago de Guatemala con María de Solórzano, hija legítima del capitán Pedro de Solórzano, alguacil mayor de la Audiencia de Guatemala; y de Fabiana de Aguilar, hija, a su vez, de Juan de Aguilar, conquistador de Jalisco y poblador antiguo de Santiago de Guatemala, poseedora de una encomienda de 200 tostones. La Audiencia guatemalteca, presidida por su tío, Alonso Criado de Castilla, e integrada por los oidores Diego Gómez Cornejo, García de Carvajal Figueroa, Pedro Sánchez Araque y Juan Maldonado de Paz, emitió un parecer favorable, el 29 de septiembre de 1610, con respecto a cierta petición de Francisco Criado de Castilla, maese de campo y capitán de infantería, corregidor del Valle de Guatemala y juez compondor de tierras en la provincia de Guatemala. Que consistía, nada menos, que en pretender una merced real, por otra vida, sobre la encomienda en la que había sucedido su esposa, María de Solórzano, al morir su primer marido, Álvaro de Lugo, y de 2.000 pesos de oro de minas más (AGCA, A1.34, leg. 2033, expte. núm. 14.084, ff. 68 v-69 r). Ya muerto el doctor Criado de Castilla, obtuvo otro parecer favorable Francisco Criado de Castilla de la Audiencia, ahora presidida por Antonio Peraza y Ayala, conde de la Gomera, y compuesta por los oidores Pedro Sánchez Araque, Matías de Solís Ulloa y Quiñones, Gaspar de

temala, como todavía se recordaría, dos siglos después, en un memorial que este mismo cabildo dirigió al Consejo de Indias el 30 de abril de 1740, disfrutaban del privilegio inmemorial de ser los corregidores del Valle de Guatemala²⁹⁷. En tiempos de los presidentes González y Criado de Castilla, entre otros, se trató de acabar, en efecto, con tal privilegio, designando ellos a los titulares de dicho corregimiento, que comprendía los pueblos de indios que rodeaban a la capital, y que, en su origen, habían sido encomiendas de los vecinos y regidores de Santiago de Guatemala. En esta defensa de sus particulares derechos, privilegios, facultades y prerrogativas pugnaron, durante centurias, la Audiencia y el cabildo santiagueño, con diferentes alternativas. Así, una RC de 28 de marzo de 1680 accedió a que ciertas villas del Valle tuvieran un gobierno particular, pero, por sentencias de vista y de revista de 18 de septiembre y de 20 de octubre de 1687, respectivamente, el Consejo de Indias mandó sobreseer la anterior cédula real. Como se ha visto, todavía en 1740, el cabildo de Santiago tenía que hacer valer, y respetar, sus disputadas prerrogativas²⁹⁸.

Pese a su brillante y diligente actividad de mando, a su actitud y expresión, en algunos casos, militar, o quizá por eso mismo, no careció el doctor Alonso Criado de Castilla de enemigos, ni de acerbos opositores. Hasta el extremo de que, habiéndose solicitado que fuese visitada la Audiencia de Guatemala por el obispo de Michoacán, Juan Fernández de Rosillo, que había sido, con anterior-

Zúñiga, Juan Maldonado de Paz y Rodrigo de Valcárcel, de 26 de noviembre de 1620. Había enviado Francisco Criado, quedando con seis hijos pequeños. De ahí que la Audiencia de Guatemala propusiese al rey, Felipe III, que se le hiciese una merced de 2.000 ducados de renta en alguna encomienda vaca, y la titularidad de un gobierno o una alcaldía mayor en las Indias. Para conseguir todo eso, hacía una extensa consideración de los méritos de Francisco Criado de Castilla: «Sirvió en esta ciudad a Vuestra Magestad en oficio de alguacil mayor de Corte, por nombramiento de la Real Audiencia, y con el (*de*) corregidor del Valle antes que los alcaldes ordinarios de esta ciudad exerciesen el dicho oficio de corregidor. Y estando sirviendo el dicho oficio, el doctor Alonso Criado de Castilla, Presidente de esta Real Audiencia, le imbió a los Reynos de Castilla, a negocios de importancia del servicio de Vuestra Magestad, como fueron el de descubrimiento y población de el puerto de Santo Thomás. Y en el dicho viaje, gastó el dicho don Francisco de Castilla cinco o seis mill ducados de su hacienda, por no se aver dado ninguna ayuda de costa, y por hacerlo el dicho viaje, y acudir al servicio de Vuestra Magestad, dexó el dicho oficio de corregidor del Valle y su aprovechamiento. Y fue alcalde mayor de la Villa de la Santísima Trinidad (*de Sonsonate*) dos veces, tiempo de dos años; y tiniente de capitán general por nombramiento del Presidente de esta Real Audiencia. Y estando sirviendo el dicho oficio, por aver tenido noticia que andavan co(*r*)sarios en la costa de el Mar de el Sur, acudió a la defensa de el puerto de Acaxutla con seisçientos soldados, y en veinte días que asistió en el dicho pueblo, sustentó a mucha de la dicha gente a su costa, y hizo trincheras, y otros reparos para la defensa de el dicho puerto, y en aquella ocasión hizo oficio de Tiniente de capitán general, a todo lo qual acudió muy bien» (AGCA, A1.34, leg. 2033, expte. núm. 14.084, f. 113 r y v). Y ÁLVAREZ-LOBOS VILLATORO, C. A. y Toledo Palomo, R. (eds.): *Libro de los Pareceres de la Real Audiencia de Guatemala, 1571-1655*, pp. 91 y 146-147.

²⁹⁷ AGI, Guatemala, leg. 340; y *Cartas de Cabildos hispanoamericanos. Audiencia de Guatemala*, t. I, núm. 438, pp. 254-255.

²⁹⁸ AGI, Guatemala, leg. 967. Por medio de un auto, pronunciado el 23 de octubre de 1607, el doctor Criado de Castilla tuvo que ordenar a las justicias de los pueblos del Valle de Guatemala que enviasen indígenas a la ciudad de Santiago, a fin de que llevase a cabo las labores de desescombro, ya que muchas casas habían quedado arruinadas, como consecuencia de los temblores de tierra que se habían iniciado en la noche del 9 de octubre de 1607 (AGCA, A1.1, leg. 1, expte. núm. 1).

ridad, como se ha visto, obispo de la Verapaz, en resolución a una consulta del Consejo de Indias, evacuada en Valladolid, de 24 de mayo de 1603, Felipe III hubo de negarse a ello, aunque resolvió que informase el virrey de la Nueva España, Juan de Mendoza y Luna, marqués de Montesclaros²⁹⁹. Parece ser que dicha petición de visita contaba con un claro fundamento, puesto que descuidaba Criado de Castilla el cumplimiento de sus obligaciones judiciales, a causa de su vejez y enfermedades, como pusieron de manifiesto al mismo monarca numerosas cartas, remitidas por los cabildos de Santiago de Guatemala, de 12 de mayo de 1600, o de la ciudad de Comayagua, de 12 de mayo de 1606, entre otros ejemplos que podrían ser aquí aducidos, entresacados de un amplio lapso temporal³⁰⁰. Motivo por el cual, una RC de 4 de julio de 1602 tuvo que recordarle que estaba obligado a asistir a las horas de audiencia, previstas en las ordenanzas³⁰¹. A la vista de un informe pergeñado por el obispo de Michoacán, de 7 de febrero de 1604, el Consejo de Indias elaboraría una posterior, y tercera consulta, el 12 de marzo de 1605, proponiéndole la exoneración en su oficio del doctor Criado, y su traslado a una plaza de oidor de la Real Chancillería de Granada, o a Burgos, pero, el monarca se limitó a consignar: «Pues en mayo del año pasado se escribió al Virrey y Presidente sobre esto, agúardese su respuesta»³⁰². Por fin, fue recibido el informe del virrey, y, en idéntico sentido, una previa, y segunda consulta del Consejo de Indias, también adoptada en Valladolid, de 22 de mayo de 1604, propuso que el doctor Criado fuese jubilado, o bien trasladado a una Real Chancillería castellana. Tampoco Felipe III accedió, en esta ocasión³⁰³. Las quejas contra él persistieron, y también las denuncias de que no mostraba demasiado celo a la hora de trabajar, ni coordinaba bien la labor de los demás oidores, divididos entre sí por rencillas, enemistades y rivalidades personales. Además, parece ser que favorecía, notoria e injustificadamente, a sus parientes, como casi todos sus antecesores en el cargo, dicho sea de paso. No constituyó, por tanto, ninguna excepción. Así, una RC de 1606 le reconvinó, argumentando que, en la Real Cámara de Indias habían sido examinados los títulos que había proporcionado a su sobrino, Francisco Criado de Castilla, de capitán y maestre de campo de «la gente que en el distrito ha de servir en las ocasiones de guerra»³⁰⁴. Hubo que recordarle que

²⁹⁹ AGI, Indiferente General, leg. 747; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1600-1604)*, núm. 1.331, p. 324.

³⁰⁰ AGI, Guatemala, leg. 43; AGI, Guatemala, leg. 967; y *Cartas de Cabildos hispanoamericanos. Audiencia de Guatemala*, t. I, núm. 71 p. 44, y t. II, núm. 304, p. 166.

³⁰¹ AGI, Guatemala, leg. 386, lib. 2, f. 165 r.

³⁰² AGI, México, leg. 1, núm. 217; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1605-1609)*, Sevilla, 1984, núm. 126, p. 44.

³⁰³ La resolución regia fue del siguiente tenor: «Lo que a este Presidente le cargan, espero que se reformará, con advertirle de mi parte, apretadamente, que lo remedie; y aperçibiéndole que si no lo hiziere, lo mandaré remediar por otro camino con brevedad. Y será bien se le escriba carta mía, en creñcia del Virrey, y a el Virrey se escriba que esté muy atento a ver si con esto se enmienda, para avisarme de lo que aprovechar» [AGI, Guatemala, leg. 1; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1600-1604)*, núm. 1.779, p. 422].

³⁰⁴ AGI, Indiferente General, leg. 811.

estaba prohibido que los ministros y oficiales del rey proveyesen, en sus parientes y allegados, oficios de ninguna clase; que había empleado «palabras intimidatorias» en los títulos que despachaba como presidente-gobernador del distrito audiencial; y que, por lo demás, no había ocasión de guerra que justificase tal nombramiento. Todo lo relatado no impidió que una cuarta consulta del Consejo de Indias, fechada en Madrid el 8 de febrero de 1607, se mostrase favorable a concederle una plaza togada de consejero, mas, el rey se limitó a decir que: «Cuando estuvieren reducidas las plazas del Consejo al número antiguo, entonces se me acuerde esto»³⁰⁵. Con posterioridad, otra consulta, la quinta, dada también en Madrid, de 17 de diciembre de 1607, y todavía una sexta, de 11 de febrero de 1608, que resultaría la definitiva, como se verá a continuación, recomendarían su ascenso al Consejo de las Indias, por tratarse de un buen letrado. Ahora bien, la resolución real a la consulta de 17 de diciembre de 1607 es prueba bien significativa, y muestra diáfananamente las reticencias que dicha promoción suscitaba en quien parecía que, antes de todo, merecía ser visitado por su labor al frente de una Audiencia: «Propónganse personas para esta presidencia, y dígaseme juntamente, haviéndolo tornado a mirar, si es bueno mejorar tanto de cargo al que no hace bien el que exercita»³⁰⁶. De ahí que Schäfer concluyese diciendo que el soberano, Felipe III, sólo se conformó con la propuesta del Consejo de Indias cuando éste respondió que Criado de Castilla

«merecía el ascenso por ser buen letrado, aunque no sabe dirigir por propia iniciativa» (*hay que entender que en asuntos de justicia, y no en negocios de gobierno*)³⁰⁷.

La antecitada carta del cabildo secular de la ciudad de Valladolid del valle de Comayagua, en la provincia de Honduras, de 12 de mayo de 1606, argumentaba como sigue su denuncia del mal gobierno del doctor Alonso Criado de Castilla. Su vejez y enfermedades, como queda dicho, le impedían acudir regularmente a las audiencias de gobierno y de justicia. Por su carácter era, además, remiso en administrar justicia, lo que perjudicaba notablemente a los litigantes que eran vecinos de la gobernación de Honduras, que veían cómo se gastaba su hacienda fuera de su casa, siguiendo las incidencias de sus pleitos civiles y causas criminales en la sede de la Audiencia, en Santiago de Guatemala. En cambio, los oidores, licenciados Manuel de Ungría Girón y Diego de Arredondo Bracamonte, sí despachaban los negocios de justicia con rapidez. Por otra parte, junto a la genérica y tradicional acusación de enviar jueces de comisión, que cobraban salarios excesivos, y que arruinaban con sus diligencias a los vecinos de Honduras, también se le hacía cargo de que abría caminos que no resultaban, a la postre, de provecho, puesto que discurrían por parajes montañosos deshabitados; y que quería levantar nuevas poblaciones, en perjuicio de

³⁰⁵ AGI, Guatemala, leg. 1; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1605-1609)*, núm. 976, p. 250.

³⁰⁶ AGI, Guatemala, leg. 1; AGI, Indiferente General, leg. 747; e *Ibid.*, núm. 1.473, p. 369.

³⁰⁷ SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, t. II, p. 135, nota núm. 220.

los indígenas, con grandes gastos para la hacienda real. Y de que, en perjuicio de los llamados beneméritos de la tierra, es decir, de los hijos y nietos de los conquistadores y primeros pobladores, a fin de compensar los gastos de las obras públicas, procuraba dilatar la provisión de las encomiendas durante dos o tres años, de modo que las rentas de los tributos vacos engrosasen los fondos de las esquilgadas cajas reales³⁰⁸.

Falleció Alonso Criado de Castilla, pese a todas estas diatribas, siendo todavía presidente-gobernador general de la Audiencia guatemalteca, en Santiago de Guatemala, en 1611. Fue enterrado en la iglesia catedral, sin que, expedido su título de nombramiento de consejero supernumerario de Indias, llegase a tomar posesión de él, como ya se apuntó. En la relación de méritos y servicios de su hijo, Andrés Criado de Castillo, que nos ha llegado sin datación, pero que no debió ser redactada mucho más allá del año 1611, se dice que su padre «murió viniendo a servir la plaza de consejero del Real Consejo de las Indias»³⁰⁹. En cualquier caso, dicha información o relación nada dice acerca de la fecha de expedición de su título de nombramiento, ni aporta datos probatorios acerca de su existencia. Que sí sabemos que existió, como ya se ha señalado. En esa sexta y definitiva consulta del Consejo de Indias, acordada en Madrid, el 11 de febrero de 1608, resuelta favorablemente por Felipe III, pese a su reputación de mal gobierno en el distrito de la Audiencia de Guatemala, atendiendo a sus méritos de buen letrado, el doctor Criado de Castilla fue designado para ocupar una plaza supernumeraria en el Consejo de Indias³¹⁰, siéndole expedido su título de nombramiento mediante una RP, ya aludida, despachada en Valladolid, de 2 de agosto de 1608³¹¹. Como ha quedado dicho, y subrayado, Criado de Castilla falleció sin tomar posesión de ella, por lo que, en 1612, a través de una RP, librada el 7 de abril, le fue entregado un título para sucederle a Juan de Villela³¹².

³⁰⁸ AGI, Guatemala, leg. 43; y *Cartas de Cabildos hispanoamericanos. Audiencia de Guatemala*, t. II, núm. 304, p. 166. Pese a todas estas quejas y denuncias, en «la residencia que se le tomó al Doctor Criado de Castilla [...], no hubo persona que le pidiese cosa alguna, ni se querellase de él, que ha sido prueba del buen proceder que siempre tuvo», como alegraría, con orgullo, su hijo, Andrés Criado de Castilla, en su memorial y relación de servicios de 1611 (AGI, Guatemala, leg. 60, f. 15 r).

³⁰⁹ AGI, Guatemala, leg. 60, f. 15 v. En su día, aseguró Schäfer no haber encontrado el título de nombramiento del doctor Criado de Castilla como consejero de Indias, y de ahí que no lo incluyese en su nómina de consejeros (SCHÄFER, E., *op. cit.*, t. I, pp. 355-366). Y, advertía, equivocadamente, además, que: «León Pinelo añade aquí, con fecha de 1606, al licenciado Diego de Landeras y Velasco, y en 1608 al Doctor Alonso Criado de Castilla. Pero a ambos se les retiró el nombramiento prometido, por faltas en su conducta. Por consiguiente, en ninguna parte se encuentran los títulos de ellos» (*Ibid.*, t. I, p. 357).

³¹⁰ AGI, Guatemala, leg. 1; y HEREDIA HERRERA, A.: *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias (1605-1609)*, núm. 1.569, p. 393.

³¹¹ AHN, Consejos, leg. 724, f. 43 v. Corresponde el mérito de haber determinado que Alonso Criado de Castilla sí logró alcanzar, antes de morir, una plaza y el título de nombramiento de consejero supernumerario del Consejo de Indias, a BARRIENTOS GRANDÓN, J.: *Los Letrados en la Judicatura Indiana (1511-1834)*. «De Iurisdictio Animata» en *el Nuevo Mundo*, t. I, pp. 209, 289-290, 317, y núm. 458, p. 573.

³¹² AHN, Consejos, leg. 724, ff. 111 v, 112 r y 113 r.

Pese a que el cabildo de la ciudad de Santiago de Guatemala se quejó repetidamente, a Felipe III y a su Consejo de Indias, sobre cómo llevaba a cabo Criado de Castilla su labor de gobierno, sobre todo lo relativo a que los conquistadores y antiguos pobladores de la tierra se sentían agraviados de que no les proveyese en las encomiendas vacas, como beneméritos que eran, teniendo un derecho preferente a ellas según la legislación real, como consta en sus cartas de 12 de mayo de 1600 o de 10 de mayo de 1605, lo cierto es que ese mismo cabildo no dudó en suplicar que no se le trasladase a otra plaza, y que, por ejemplo, en otra carta, de 20 de octubre de 1608, no dejase de ser presidente de la Audiencia de Guatemala³¹³. Pese a que estaba viejo y enfermo, por lo que le resultaba imposible despachar muchos negocios de gobernación, ni oír apenas pleitos de justicia, los tres oidores que había parecían suficientes para que fuesen despachados con brevedad dichos pleitos. Incluso se llegó a decir que no había inconveniente en que uno de los oidores, el licenciado Diego de Arredondo Bracamonte, se hubiese casado para seguir sirviendo allí, ya que su esposa no contaba con parientes en la provincia de Guatemala, salvo sus padres, que eran personas de edad avanzada³¹⁴. Por último, conviene recordar que los descendientes del doctor Alonso Criado de Castilla arraigaron en la sociedad guatemalteca, al enlazar con las familias de los encomenderos y regidores más importantes, y adineradas, de Santiago de Guatemala, y de toda la gobernación. Una muestra de ello sería, entre otras, el testamento del capitán Pedro Criado de Castilla y Solórzano, vecino, encomendero, regidor y alcalde ordinario del primer voto de la ciudad de Santiago en 1655, otorgado el 15 de noviembre de 1665³¹⁵.

Ha de concluir aquí este recorrido por las tierras y los hombres, la justicia y el gobierno del distrito de la Audiencia Real de Guatemala, y de otras Audiencias indianas, en el siglo XVI. Un recorrido que se ha procurado realizar acompañados de tres protagonistas principales, de tres relevantes letrados castellanos. No en vano, la biografía siempre ha servido, y sido servicial con la historia, ordenando su exposición con el único *cronos* que sobre todo interesa al hombre: el de los hechos de otros hombres, pretéritos pero no desconocidos, pasados pero no estériles para el recuerdo, y el conocimiento de cada tiempo. Si un *tópico* muy conocido —y los tópicos también son historia, y a veces hacen historia— es el de que los españoles fueron a América en pos de *metales preciosos, fama* (por sus hechos memorables) y *aventura* (de *ventura*, la que perseguían aquellos hombres *de frontera* de finales del cuatrocientos, de la frontera con los musulmanes, peninsulares y mediterráneos), amén del afán, y justifica-

³¹³ Una RC, de 11 de septiembre de 1606, hubo de instar a Criado de Castilla a mejorar el rendimiento en el cobro del derecho de alcabala, en todo el distrito gubernativo guatemalteco. Para ello, resultaba preciso que sacase en pública almoneda su percepción por provincias, partidos, alcaldías mayores, corregimientos, etc. Es decir, se trataba de que hubiese *alcabaleros*, que arrendasen y gestionasen el cobro de la alcabala, pudiéndose así preveer cuánto ingresaría la real hacienda por tal concepto (AGCA, A1.23, leg. 1514, f. 92 r).

³¹⁴ AGI, Guatemala, leg. 42; y *Cartas de Cabildos hispanoamericanos. Audiencia de Guatemala*, t. I, núms. 93 y 97, pp. 55, 56 y 57.

³¹⁵ BN, Mss., 12.022.

ción, evangelizadores, bien pueden cumplir aquí nuestros tres protagonistas, los tres doctores que florecieron en la segunda mitad del quinientos, su función *tópica*, y asimismo *típica*, de tipos *ideales* históricos: Antonio González, el *topos* del dinero; Eugenio de Salazar, el de las letras; Alonso Criado de Castilla, el de las armas. Mas, hombres al fin, junto a sus actos y sus obras, literarias y factuales, no debe despreciarse tampoco otra faceta, radicalmente humana, como es la del amor: declaradamente paternal en el doctor González, hacia su hija María; indesmayablemente conyugal, en el doctor Salazar, con su esposa Catalina; admirativamente filial en el doctor Criado de Castilla, por parte de su hijo Andrés. Al fin y al cabo, el amor y el odio siempre han sido los hilos trazedores del telar de la historia, el *hilo de Ariadna* de la Historia, la escrita por los hombres en todas y cada una, siempre en revisión, de las épocas. Un *hilo* que el historiador, al margen de las modas y los mitos de cada momento, no debe despreciar, ni tampoco abandonar, como Teseo abandonó a Ariadna, dormida, en la isla de Naxos, a orillas del Egeo, mientras ella huía, enamorada, de Creta, de la ira de su padre, el rey Minos, y no del inmolado Minotauro.

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

APÉNDICE DOCUMENTAL*

«¡Muerte! al que tu fieres, liévastelo de bélmez.
Al bueno e al malo, al noble e al rrehez,
a todos los yguales e lievas por un prez:
por papas e por reyes non das una vil nuez.

[...]

Allega el mesquino e non ssabe para quién;
e maguer cada día esto así avién,
non ha ome que faga su testamento byen,
fasta que ya por ojo la muerte ve que vién».

(Arcipreste de Hita, *Libro de Buen Amor*)**

I

1602, julio, 8

TESTAMENTO CERRADO DEL DOCTOR ANTONIO GONZÁLEZ, DEL
CONSEJO REAL DE LAS INDIAS, PROTOCOLIZADO ANTE JUAN
CALVO ESCUDERO, ESCRIBANO PÚBLICO Y DEL NÚMERO DE LA
VILLA DE VALLADOLID

AHP, Protocolo 2109, ff. 1059 r-1070 v

/ fol. 1059 r / En el nombre de la Santísima Trinidad, Dios Padre, Dios Hixo, Dios Espíritu Santo, que son tres personas y un solo Dios verdadero, que bibe y rreina para siempre, sin fin, y de la Virgen Santa María, Nuestra Señora, Madre de Dios Nuestro Señor Jesuchristo, porque la vida del siglo presente se

* En la transcripción de los documentos inéditos que siguen, he procurado respetar escrupulosamente la grafía original, con las salvedades habituales, cuyo objetivo es siempre el de facilitar su lectura y mejorar la comprensión: unión, según los criterios actuales, de las letras o sílabas de una palabra que aparezcan divididas, y separación de las que van unidas incorrectamente; desarrollo de las abreviaturas, de acuerdo con la ortografía vigente en la actualidad, para evitar dificultades de interpretación con las contracciones que han caído en desuso; regularización del uso de las mayúsculas y minúsculas; acentuación de las palabras, también según el sistema actual; reducción de las consonantes dobles a sencillas, y transcripción de la *u* y de la *v* de acuerdo con los valores vigentes; y, finalmente, empleo de los signos de puntuación imprescindibles, respetando sólo los puntos y aparte originales. Dado que, en muchas ocasiones, la virgulilla de la letra cedilla (*ç*) aparece tan suavemente señalada que, en caso de ausencia, no es posible pronunciarse sobre si ha sido omitida por el escribano o sus escribientes, o se trata simplemente de un borrado posterior por el mero transcurso del tiempo, he decidido restablecer tal ausencia, en todos los casos, con un criterio uniformador.

** Juan RUIZ (c. 1300-c. 1353), Arcipreste de Hita, *Libro de Buen Amor*, Madrid, reedic. de 1978, *De cómo morió Trotaconventos e de cómo el Arcipreste faze su planto, denostando e maldiziendo la muerte*, pp. 142-146; las citas, en las pp. 142 y 143. Como es también sabido, este poema ha llegado hasta nosotros en tres manuscritos, de los cuales, el más extenso está fechado en 1343, y, uno de los dos más breves, en 1330.

[h]a de dejar para yr a la eterna, que todos los que vivimos en este mundo deseamos alcançar, y no savemos el día, ni la ora de nuestra muerte, y uno de los principales aperçibimientos que el christiano deve haçer es ordenar y disponer su alma y consçiençia. Por tanto

Sean quantos esta carta de testamento y última voluntad vieren, como yo el doctor Antonio Gonçález, del Consejo Real de las Yndias del Rey Don Phe-lipe terçero, nuestro Señor, estando al presente en esta corte y ciudad (*sic; tachado, villa*) de Valladolid, con salud y en mi entero juicio, y entendimiento natural, creyendo como creo, firme y católicamente, en todo aquello que cree y confiesa la Santa Madre Yglesia Católica Romana, considerando los banos suçesos de los hombres y la poca seguridad que ay en esta vida, y açechando la muerte, que es cosa natural a toda criatura viviente,

Otorgo y conozco que [h]ago y ordeno este mi testamento en loor y alabança de la Pasión de Nuestro Señor Jesuchristo y de la Gloriosa Virgen María, a quien he tenido y tengo por mi abogada en todas mis cosas, y la (*sic*) suplico ynterçeda con su preçioso Hixo me perdone mis pecados, no mirando a la muchedumbre de ellos sino a la sangre que derramó por los pecadores, y al glorioso y bienaventurado Señor San Antonio, con quien yo [h]e tenido particular deboçión, suplico esto mismo, y con esta dibina ynvocaçión,

Primeramente, encomiendo mi ánima a Dios Nuestro Señor, que la dio y redimió por su preçiosa sangre. Y mando que si su Divina Magestad fuere servido de me llevar de esta presente vida, mi cuerpo sea sepultado en el monasterio del señor San Françisco del lugar donde fallaçiere, para que mis güesos se trasladen de allí a la parte y sepultura que doña María Gonçález y del Palacio, mi hija, o los demás mis albaçeas ordenaren, si yo no la dexare ordenada y declarada en este mi testamento. Y remito a la dicha mi hija o testamentarios lo que toca al acompañamiento de clérigos y frailes y cofradías en mi entierro, para que esto lo hagan no con demasiada pompa, sino conforme a lo que en la parte donde falleçiere se acostumbrare, y a la calidad de mi persona. Y por ello den la limosna que estuviere en costumbre, y si mi entierro fuere a hora / fol. 1059 v / de misa, me la digan cantada, con diácono y subdiácono, y todas las misas reçadas que en aquel día se pudieren desçir en el dicho monasterio de San Françisco donde fuere depositado. Y si fuere por la tarde, me digan una vigilia, como es costumbre, y otro día siguiente me digan las dichas misas, y se llebe la ofrenda que pareçiere a la dicha mi hija o testamentarios; y por todo lo demás, se les dé de mis vienes la limosna que fuere costumbre. Y si muriere en parte donde no ay convento del señor San Françisco para haçer el dicho depósito y lo demás referido, se haga lo uno y lo otro en la yglesia que la dicha mi hija o testamentarios ordenasen.

Yten mando se digan por ánima, luego que muera, o lo más presto que sea posible, las misas del alma en los altares privilegiados que huviere en la çiudad, villa o lugar, o donde muriere, y se pague por ellas, de mis vienes, la limosna acostumbrada.

Yten mando se digan por ánima dos mill misas reçadas en los monasterios siguientes: en San Pablo, quatroçientas; en San Françisco, quatroçientas; a San

Agustín, quatroçientas; a los Carmelitas descalços, quatroçientas; a la Vitoria, quatroçientas, y esta limosna destas misas se den luego.

Yten mando se digan quatroçientas misas reçadas por las ánimas de mis padres y mis mugeres, repartidas por la orden de antes.

Yten mando se digan otras tresçientas misas por la ánima de don Antonio Gonçález, mi hijo, repartidas en la forma sobredicha, y como les cupieren.

Yten mando se digan çien misas reçadas por las ánimas del purgatorio.

Yten mando se digan otras çien misas por el ánima de Toribio Gonçález, mi hermano difunto, de quien yo fui heredero.

Yten mando se digan otras çinquenta misas reçadas para el ángel de mi guarda; y quiero y es mi voluntad que éstas y las de las ánimas del purgatorio, y las de mi hermano Toribio Gonçález, se digan en la yglesia de Pedraça de Campos, donde yo nací.

Yten mando que luego que falleçiere, se tome la bula de la Santa Cruçada de difuntos por mi ánima, y otras diez bulas por las ánimas de mis [ante]pasados, padres y hermanos, hijos y mugeres./ fol. 1060 r /

Yten mando que el día de mi falleçimiento se den y repartan de mis vienes çien ducados entre parientes míos pobres. Las personas y la cantidad que se [h]a de dar a cada uno, a disposiçión de la dicha mi hija o de mis testamentarios.

Yten mando a las mandas forçosas, a cada una ocho reales, con los cuales, les aparto de mis vienes.

Yten mando que a todos los criados míos, que se [h]allaren en mi serviçio el día que falleçiere, se les dé bestido de luto, capa y ropilla de bayeta con sombrero, y si no se hallare bayeta, se cometa a lo que pareçiere a mis albaçeas. Y asimismo se les dé a los dichos mis criados de comer a mi costa un mes, a elecciòn de los dichos mis albaçeas. Y declaro que hasta el día de la fecha deste, les debo lo que pareçiere por el libro donde se asientan sus gaxes.

Yten mando que mis honras y cabo de año se hagan como la dicha mi hixa o a los demás albaçeas les paresçiere, y se pague de mis vienes la limosna que fuere costumbre.

Yten mando a la yglesia de Pedraça de Campos, donde naçí, çien ducados en reales para un ornamento, y encargo a mis albaçeas el cuydado de que ansí se gasten y distribuyan.

Yten mando a doña Juana Osorio, monja profesa del monasterio de la Conçepciòn, françisca, de la villa de Madrid, siendo biba a el tiempo de mi falleçimiento, çinquenta ducados en reales, y le ruego y encargo ruego a Dios por mi ánima.

Yten mando a Juliana Gonçález, mi hermana, que fue casada con Llorente Sellés, çiento y çinquenta ducados de a onze reales.

Yten mando que si no estuviere pagada Juana de Torres, criada que fue de doña Juana de Chinchilla, que pasó a Yndias, a la provinçia de Guatemala, de quarenta ducados que le mandó doña Catalina de Gálbez, mi segunda muger, que [h]aya gloria, se le paguen de mis vienes.

Yten mando a Jermán Gonçález, mi sobrino, lo que le he dado, y le perdono la escriptura que tengo contra él (*de la venta*) de Pedro Martín Gonçález, que aunque está en su caveça es mía; y de ella le doy los ochenta y seis ducados que valió una mula que le vendió el dicho Pedro Martín Gonçález, y costó en mi cuenta de la dicha obligaçión, que aunque es en su favor, como queda dicho es mía. Y quiero y es mi voluntad que lo que [h]an se le dado, vuelba después de sus días, no teniendo hixo heredero, al alférez Antonio Gon / fol. 1060 v / çález, mi sobrino; y esto que doy, después de los días del dicho Jermán Gonçález a el dicho Antonio Gonçález, se entienda la escriptura que me deve el dicho Jermán Gonçález, de las tierras y posesiones que fueron del dicho Antonio Gonçález.

Yten mando a mi sobrina, María Gonçález, que quedo de (...) çien ducados, y le perdono duçientas fanegas de çebada que me deve, y otra qualesquier cosa que me deba, porque se la perdono, no me lo haviendo pagado antes de mi fallesçimiento.

Yten mando a Juan de Solís çien ducados por buenas obras que de él [h]e reçivido, y por lo que me [h]a servido en mi enfermedad.

Yten mando a Blas Gonçález, mi sobrino, çien ducados en reales.

Yten mando a mi sobrina Juliana de Abarcas otros çien ducados.

Yten mando a las hijas de Alonso de Abarcas, sobrinas de Jermán Gonçález, otros çien ducados.

Yten mando a Ygnaçio (*sic*) çinquenta ducados en reales.

Yten mando a Bartolomé Martín, hixo de Juliana de Abarcas, que está en mi serviçio, çinquenta ducados.

Yten declaro que yo devo, lo que pareçiere por los libros de Françisco Blanquero, veçino de Cartaxena de Lebante, que a mi pareçer monta el balor de uno o dos años, que no me aquerdo, y daráse. Y a Gerónimo Higuero, veçino de Baeça, cuñado del dicho Françisco Blanquero, mando se haga cuenta con él, y lo que dixere se le deve y pareçiere por su libro, se le pague de mis vienes, si no estuviere pagado, de lo que se [h]a cobrado de mi haçienda enagenada, como yo lo tengo ordenado.

Yten digo y declaro que devo al dicho Hierónimo de Higuero çiertas baras de bayeta, que no sé cuántas son, como pareçerá por una carta que está entre mis papeles. Comoquiera que dirá la verdad, mando que se le paguen de los mis vienes.

Yten declaro que Alonso de Espinosa, veçino de Sevilla, me scrivió una carta avisándome que yo devo çierto dinero a Françisco Galó. Mando que se bean los papeles, y si pareçiere por ellos que le devo algo, por cosa del flete de un navío suyo, en que bine / fol. 1061 r / de Guatemala, donde avía sido Presidente, y no declaro quán sea la deuda, por no tener memoria de que sea çierta.

Yten mando que si algunas personas vinieren pidiendo que devo algo, se les pague hasta cantidad de dos ducados con su juramento, y si fuere la cantidad mayor, la prueben o muestren reca[u]dos vastantes, de manera que todo lo que yo deviere justamente se pague.

Yten digo y declaro que yo fui casado dos beçes. La primera con doña Françisca del Palaçio, de quien yo tuve por mis hijos legítimos y de legítimo matrimonio a don Antonio Gonçález y doña María Gonçález. Y la segunda vez me casé con doña Catalina de Gálbez y Téllez, veçina de la çiudad de Antequera, hija del doçtor Gálbez, mi señor, oydor que fue de Granada, y murió asistente en Sevilla, y de mi señora doña María de Segura, su muger. Y yo fui su heredero, por no tener hijos, cuyo testamento tengo ya cumplido, según que ella lo dejó mandado, y sólo falta de cumplir los çinco mill ducados que mandó a sus sobrinas, y al dicho don Antonio, mi hijo, después de mis días. Pido a mis albaçeas bean el testamento que hiço la dicha doña Catalina de Gálbez, mi muger que sea en gloria, que está en mi poder, y si algo falta de cumplir lo cumplan, binculando las mandas por la orden y manera que ella declaró en su testamento, y a mí me encomendó que lo hiçiese, que para que así lo hagan y puedan haçer les doy todo mi poder cumplido, tanto quanto de derecho se requiere y sea neçesario para que ellos executen, de manera que todo el dicho testamento se cumpla puntualmente.

Yten declaro que yo huve un hijo de traviesa, llamado Juan, que al presente está en la villa de Osuna, en casa de doña María Gonçález, mi hixa, que será de diez y nueve años, poco más o menos. Mando que de lo mexor parado de mis vienes se le compren tresçientos ducados de renta de por vida, para que los goçe por todos sus días, para ayuda a sus estudios, que entiendo será eclesiástico, y aunque no estudie quiero que los goçe, porque se los doi para sus alimentos. Y / fol. 1061 v / pido y suplico al dicho (*sic*) señor liçençiado Pablo de Laguna, mi testamentario, suplique a Su Magestad, en consideraçión de mis serviçios, se sirva de haçer merçed al dicho Juan Gonçález, mi hijo.

Yten cumplido y pagado este mi testamento, en el remanente de mis vienes dexo y nombro por mi unibersal y legítima heredera a la dicha doña María Gonçález, mi hixa legítima, muger de don Françisco Linero y Maqueda, mi hierno, veçino de la villa de Osuna, la qual lo herede todos, por no tener, como no tengo, otro heredero legítimo. Y porque mi deseo siempre [h]a sido, y ahora lo es, de que los vienes que [h]e adquirido en los años que he servido a Su Magestad no se dividan, ni aparten, antes estén agregados y inpartibles porque permanezcan, y los que poseyere se conserven, y Dios sea servido, y mis desçendientes favoreçidos, quiero e mando, por la vía e forma que mexor [h]aia lugar de derecho, que los dichos vienes queden vinculados. Y desde luego hago el vínculo en favor de la dicha doña María Gonçález, mi hija, para que como vienes vinculados los posea y goçe, sin los poder bender, ni enagenar, ni [h]ipotecar, ni açensuar, y después de sus días venga y suçeda en los dichos vienes y bínculo su hijo mayor, y sus hijos y desçendientes legítimos y de legítimo matrimonio naçidos por la línea re[c]ta, prefiriéndose siempre en la suçesión y llamamiento del dicho bínculo el barón a la hembra, y el mayor a el menor. Y como quiera que esta es mi boluntad, y ansí deseo que lo entienda la dicha mi hija, porque se deve entender que sea con su gusto y voluntad, porque si no fuere su voluntad, no se haga el dicho bínculo, ni queden los dichos vienes vinculados, no siendo mi yntençión hir contra ella, ni ponerle este graba-

men, sino que haga libremente de los dichos vienes lo que mexor le pareçiere y entendiere ser mayor serviçio de Dios nuestro Señor, como suçesora única y legítima heredera de mis vienes, en la qual contra su boluntad no se le deve poner grabamen, ni otro bínculo, que esta es mi boluntad.

Yten declaro que en caso que la dicha doña María Gonçález, mi hija, suçeda en estos vienes vinculados, gustando y queriendo la dicha mi hija en ello, sean y tenga hijos varones, que por quanto está casada con el dicho don Françisco / fol. 1062 r / Linero y Maqueda, y en favor del dicho matrimonio vincularon sus padres mucha hazienda en su favor y de sus hijos, llamando siempre el mayor, y prefiriéndose el barón a la hembra, quiero y es mi boluntad que si la dicha doña María, mi hija, huviere dos hijos, el mayor escoxa a qual quisiere de estos bínculos, y si escogiere el que yo dexare, quiero que se intitule y llame de mi nombre y apellido, porque se conserve mi memoria, y lo mismo [h]agan sus hixos legítimos, guardándose la forma de la suçesión que arriva queda declarada. Y si el dicho hijo mayor eligiere el bínculo de su padre, en tal caso, [h]a de suçeder en esta memoria y bínculo que de mis vienes hago su hijo, segundo varón si lo huviere, y si no, su hija como arriva está declarado. Porque este bínculo no se [h]a de juntar con el del dicho don Françisco Linero y Maqueda, mi hierno, porque mi memoria mexor se conserve, pues como queda dicho, el que subçediere en él se [h]a de llamar de mi apellido y traer mis harmas. Pero, en caso que la dicha doña María, mi hija, no tenga más que sólo un hijo o hija legítimo o legítima, quiero que el dicho hijo o hixa pueda tener y tenga, poseer y posea esta haçienda para toda su vida, hasta tanto que el dicho hijo o hija tenga hijos legítimos y de legítimo matrimonio naçidos, en cuya cabeça quede este bínculo, y así baya subçesivamente como está dicho. Porque mi yntençión y boluntad es que estos dos bínculos no anden juntos, sino divididos y separados el uno del otro como dicho es, sino en caso que sea un solo o hija sola, sin hermano o hermana, lo podrá tener por sus días, por no se poder dividir. Lo qual todo, como está dicho, se [h]a de entender en caso que la dicha doña María, mi hija, quisiere que los vienes míos que hereda queden binculados, porque queriendo, mi boluntad es que se guarde en ellos las condiçiones y bínculos arriva referidos; pero, queriéndolo heredar libre y sin ningún bínculo, ni gravamen, [h]aya en ello su boluntad, como más entendiere que le conviene y sea serviçio de nuestro Señor.

/ fol. 1062 v / Yten declaro que si la dicha doña María, mi hija, no dexare hixos, ni desçendientes, varones ni hembras, legítimos y de legítimo matrimonio naçidos o naçidas, y faltare toda suçesión de ella, en tal caso quiero y mi boluntad es que, falleçida la dicha doña María, toda la dicha haçienda se eche en ventas, si no estuviere echada, sin querer en ello agraviar a la dicha mi hija, sino dejando todo lo que en esta parte dispongo de estas memorias en su libertad, sino sólo para que entren a mi boluntad y gusto, por la orden que a mis testamentarios pareçiere, y lo que de ella proçediere en prinçipal o réditos, o recaudos, o escrituras o papeles de ello, se lleve a la villa de Pedraça de Campos, y en ella se meta en un arca de tres llaves, las quales tengan los alcaldes ordinarios y el cura mayor de la dicha villa. Y por su travaxo se les dé a cada

uno tres mill maravedís cada año, para que lo guarden y recauden. Y de la dicha arca, por las dichas manos, se baya sacando para que se haga de la dicha hacienda una memoria por mi ánima, y las de mis [ante]pasados, y de la dicha doña María, mi hixa, en quatro capellanías y en un pósito de trigo y cebada, y en ayudar a estudiantes pobres de mi linage, y casar huérfanas de él en la dicha villa de Pedraça de Campos, de manera que sea obra piadosa y christiana. Y que por lo menos [h]aya el pósito que más pudiere ser en las casas donde yo naçí, que fueron de mis padres, y son mías por averlas comprado de mis sobrinos. Y ansímismo [h]aya las dichas quatro capellanías, con quarenta mill maravedís de salario y estipendio cada una, en la misma yglesia de la dicha villa de Pedraça, edificando en ella una capilla para este efecto, competente y conforme al edificio de la misma yglesia, a donde se asienten y entierren mis parientes. Y hecho esto, de la renta que quedare se han de dar a cada uno de tres estudiantes de mi linage, para ayudarles a estudiar latín y facultad, aquellos más se afigionen, / fol. 1063 r / çien ducados en cada un año, la qual renta gozen siguiendo sus estudios, y no de otra manera, por tiempo de doçe años, y si alguno de los dichos estudiantes estuviesen este tiempo tan aprovechado que pudiese pretender algún Colegio en Salamanca, Valladolid o Alcalá, se le podía prorrogar más tiempo la renta de los dichos çien ducados, a albedrío de los dichos alcaldes y cura de la dicha villa, tenedores de esta mi memoria y bienes, guardando siempre en la elección de los dichos estudiantes la misma prelación que entre mis parientes quiero que [h]aya para las dichas capellanías. Y, prefiriendo a todos los estudiantes el dicho Juan, mi hijo, y después de él, Blas Gonçález, mi sobrino. Cumplido lo qual, de la demás renta se [h]an de casar quatro huérfanas de mi linage, dando a cada una çien ducados de dote, que sería para ayuda con lo que más tuvieren; y aunque no sean huérfanas, como sean de las más pobres, siendo parientas mías, podrán casarlas conforme a la calidad de sus personas, si les pareçiere a los dichos alcaldes y cura que han de administrar la dicha haçienda, en lo qual les encargo en conçiencia, porque es mi boluntad siempre de preferir a los parientes y parientas huérfanas, procurando que las dichas obras pías se hagan todas, alcanzando para ello la renta de mi haçienda, y no pudiendo se acuda a las dichas obras en la forma a que pudiere alcanzar la dicha renta, por el modo y de la manera y en la cantidad que a los dichos mis albaçeas pareçiere. Y en el beneficio que de esto resultare, así en el casamiento de huérfanas como en el pósito, capellanías y ayuda de estudiantes se prefieran siempre, de mis parientes, los que ellos entendieren de mi linage legítimamente, de padre o madre, prefiriéndose los de mi padre a los suçesorios por vía materna, como quiera que se [h]a de guardar lo que queda dicho en este testamento. Açerca de que prefiera a todos el dicho Juan, mi hijo, en el gozar una de las capellanías, siendo como pienso clérigo, aunque no esté ordenado de misa, ni resida la tal capellanía, con que esté obligado a haçer decir las misas de ella, / fol. 1063 v / y así goçe la renta, aunque tenga otros bienes o capellanías en la dicha villa, o en otra parte con todas las qualidades. Es mi voluntad que después del dicho Juan, mi hijo, goçe otra de las dichas capellanías, prefiriéndose a todos los otros mis deudos, el dicho Blas Gonçález, mi sobrino, hixo de

Blas Gonçález, mi hermano, que tanvién pienso será clérigo, que en quanto a los susodichos hixo y sobrino quiero se guarde lo referido. Y ansímismo nombro, en terçer lugar para dichas capellanías, a el bachiller Andrés Gonçález, saçerdote, a quien desde luego, con los dos, hixo y sobrino, y por no tener al presente otro deudo saçerdote, ni estudiante, nombro en la quarta capellanía a el bachiller Melchor de Arçe, saçerdote, para que los susodichos, desde luego, me encomienden a Dios. Y las que de ellas fueren bacando, quiero y es mi boluntad que las sirban mis parientes, como tengo dicho, sin que en ello pueda aver dispensa, ni dilaçión en su cumplimiento, y que primeramente sean llamados, después de los susodichos, los hijos y nietos de Juan Gonçález, mi hermano, y a falta de ellos, los de Blas Gonçález, mi hermano, exçpto el dicho Blas, que como dicho es, queda preferido. En segundo lugar, y a falta de todos, sean llamados los hijos y los nietos de mi hermana Luçía Gonçález, y a falta de ellos, los de mi hermana Ana Gonçález, después de los quales sean llamados los parientes más çercanos, como queda declarado.

Yten declaro, con la determinaçión arriba referida, que como quiera que todo esto se deve haçer como arriba tengo declarado, en caso que la dicha doña María, mi hija, [h]aya declarado por su última disposiçión que estos vienes queden, por falta de tener hijos, binculados para las obras pías de que arriva se [h]a hecho minçión, porque no solo quiero que se [h]a de guardar su boluntad como en vienes suyos propios, porque aunque yo deseo se guarden estas memorias, siempre entiendo queriéndolo la dicha mi hija, y no de otra manera.

/ fol. 1064 r / Yten digo y declaro que es mi boluntad de ynstituir y fundar, y por la presente ynstituyo y fundo, dos capellanías de duçientas misas reçadas, que en cada un año para siempre xamás se digan y reçen en la yglesia parroquial de San Çebrián de la dicha villa de Pedraça de Campos, por mi alma y por la de mis padres, y parientes y difuntos. Las quales dichas capellanías mando se funden en los mexor y más vien parado de mis vienes, tomando de ellos la cantidad que baste para duçientos ducados de renta en cada un año, de a raçón de catorçe mill maravedís el millar. Los quales dichos dosçientos ducados se [h]an de dar a dos capellanes que sirvan en las dichas capellanías, los quales [h]an de deçir cada uno çien misas en la dicha yglesia, y con cada misa su responso reçado, y [h]an de llevar y se les [h]an de dar a cada capellán çien ducados en cada un año. Las quales dichas capellanías deço e ynstituyo de los vienes y haçienda que, conforme a derecho, puedo disponer. Y si por caso faltare alguna cantidad, ruego y pido a la dicha doña María Gonçález, mi hixa, tenga por bien la dicha fundaçión e ynstituçión, y que se supla la cantidad que faltare para aver en ella la renta de los dichos dosçientos ducados, para las dichas capellanías. Y nombro por capellanes de ellas, con el dicho cargo, a el bachiller Diego Gonçález, saçerdote, y a Blas Gonçález, mi sobrino. Y porque de presente el dicho Blas Gonçález, mi sobrino, no es de misa, ni de calidad para las deçir y ordenarse, nombro para que desde luego sirva la dicha capellanía, hasta tanto que el dicho mi sobrino se ordena, a el bachiller Melchor de Arçe, clérigo presvítero, el qual diga las dichas misas, al qual le sean dados los

dosçientos ducados de renta en cada un año durante el tiempo que el dicho Blas Gonçález, mi sobrino, no se ordenare de misa, y ordenado que sea la pueda gozar, y llevar la renta de ella durante su vida. Y después de él y de ellos bengan las dichas capellanías a los hijos y nietos de Juan Gonçález, mi hermano, y a falta de ellos a Blas Gonçález, mi hermano, exçepto el dicho Blas, que como dicho es, es el segundo, y falta de todos llamo los hijos o nietos de mi hermana Lucía Gonçález, y a falta de ellos, los de mi hermana Ana Gonçález, y después de los / fol. 1064 v / que sean llamados, los parientes más çercanos, y si en un mismo tiempo concurrieren dos en un mismo grado y órdenes, es mi boluntad se le dé a el más virtuoso, y en quien concurrieren mayores partes. Yten, si al tiempo que vacaren las dichas capellanías no [h]uviere parientes clérigos en quien suçedan, es mi boluntad que los parientes que [h]uvieren de suçeder sean ordenados por lo menos de grados y corona, y que goçen las dichas capellanías para ayuda a sus estudios, con cargo de deçirlas dicha vez en misa, en cada una de las dichas capellanías. Y para poner la cláusula *de ordenacionis fundacionis*, dexo y nombro por patronos de las dichas capellanías y memorias a la dicha doña María, mi hija, y a don Françisco Linero y Maqueda, mi hierno, y a Pedro Martín Gonçález, vezino de la dicha villa de Pedraça, y después de ellos sus hijos barones, y a falta de hixos suçedan en este patronazgo las hijas, preçe-diendo el mayor a el menor, y a falta de hijos, suçedan los parientes más çercanos.

Yten declaro por haçienda mía lo siguiente. Primeramente, de veinte a veinte y dos mill ducados que me truxo aora de Sevilla el bachiller Andrés Gonçález, de que dará más particular cuenta y relaçion Françisco de [H]oyos, mi secretario que fue en el nuevo Reyno de Granada, y Juan de Solís Gaitán.

Yten tengo una escriptura contra Françisco de Bayona, a pagar en Sevilla este año de seysçientos y dos, de treçe mill y duçientos ducados.

Yten tengo un çenso sobre los herederos de Alonso de Paz de ocho mill y quinientos ducados de prinçipal. Tiene la escriptura, para cobrar los réditos, Pedro de Mendoça, veçino de Sevilla.

Yten tengo un çenso contra el arçobispo de México y sus fiadores de veinte y ocho mill reales.

Yten tengo otra escriptura contra Pedro López Cubino, vezino de / fol. 1065 r / Cartaxena de las Yndias, a pagar en Sevilla, de plaço ya pasado de dos mill y noveçientos y ochenta y dos ducados. Tengo la escriptura en mi escriptorio, entre mis papeles, y otro duplicado tiene Pedro de Mendoça, vezino de Sevilla.

Yten me deve el señor liçençiado Pedro Díez de Tudanca, del Consexo de su Magestad, mill ducados que por mi orden le entregó Pedro de Mendoça, veçino de Sevilla, como se berá por las quantas que me dio el dicho Pedro de Mendoça, que están en el dicho mi escriptorio, que es el recado que tengo de esta deuda.

Yten me deven don Sancho de Arçe y doña María Carrillo, su muger, mill ducados, de que tengo prendas de oro, y escriptura en mi escriptorio.

Yten me deve don Fernando de Villafañe duçientos ducados, que le presté sobre dos frascos de plata.

Yten me deve el señor liçençiado Diego de Armenteros, del Consejo de su Magestad en el de las Yndias, tresçientos ducados que le presté, de que tengo conoçimiento entre mis papeles.

Yten me deve el liçençiado Aguilera mill e quinientos reales.

Yten me deve Pedro Martín Gonçález, veçino de Pedraça, quinientos ducados, de que tiene hecha escriptura en favor de Germán Gonçález, mi sobrino, y mía, y de me dever a mí.

Yten me deve Antón Martín quinientos reales, de que tengo conoçimiento entre mis papeles.

Yten me deve (*ilegible*) ochoçientos reales, de que tengo conoçimiento.

Yten tengo la plata contenida en un memorial, que de ella tengo hecho entre mis papeles.

Yten tengo unas colgaduras nuevas, de terçiopelo carmesí y oro.

Yten tengo otra colgadura de la misma manera, biexa.

Yten tengo mi librería, de que tengo una memoria. Éstos se [h]an de dar a Juan, mi hixo, y mis vestidos y la ropa blanca que tengo de mi traer, mesa y ropa blanca de cama se den, y a esta ropa se ha de haçer quatro partes, llevando la mexor el dicho Juan, mi hijo, la una; [h]a de llevar la otra Germán Gonçález, mi so/ fol. 1065 v / brino, y Blas Gonçález, mi sobrino, y María Gonçález, mi sobrina, todos esto al pareçer de don Françisco Linero y Maqueda, mi hierno.

Yten si la dicha doña María falleçiere antes que yo, lo que Dios no quiera, ni permita, mando que los vienes que por su falleçimiento me perteneçieren, y los que de mí quedaren, se conviertan y gasten y distribuyan en las memorias y fundaciones perpetuas referidas, para los efectos en ellas contenidas.

Yten declaro y mando que si la dicha doña María, mi hixa, viviere más que yo, como es verosímil y mui probable, y muriere sin dejar hijos, ni herederos legítimos, como dicho es se cumpla esta mi última boluntad, y ruego y encargo a la dicha mi hija, así [h]aya la bendición de Dios y la mía, que la confirme, ratifique, y aprueve y mande cumplir, y llevar a devida execuçión, teniendo atención y consideraçión a los grandes vienes que de ella [h]an de resultar, en serviçio de Dios nuestro Señor y de su gloriosa Madre, y en favor de mis parientes, deudos y los suyos que residen y son naturales en la dicha villa de Pedraça de Campos, que reçivirán bien, honra y acreçentamiento con el serviçio de las dichas capellanías, patronazgo, pósito y lo demás que se sigue, y [h]a de seguir de las dichas memorias y fundaciones perpetuas. Y aquellos pobres de aquella tierra, mayormente nuestros deudos, que en todo [h]an de ser preferidos, se sustentarán con el pósito de pan que [h]a de aver en execuçión de esta memoria, y todos rezarán por mi ánima y las suyas, y de las de nuestros antepasados, porque si Dios nuestro Señor no le diese hijos a la dicha mi hija, se deve creer piadosamente es servido que nuestros vienes y los suyos se conviertan en bien de los pobres, que son los berdaderos hijos. Y ansí, por ser todo obra de gran caridad, ruego y encargo a la dicha mi hija lo tenga por vien, no

reparando, como arriba tengo dicho, en si por ser única heredera, se le pueda imponer o no vínculo o gravamen en su legítima.

Yten mando se bea qué haçienda queda en linpio, porque si quedaren, como a mi parecer quedarán, más de tres mill / fol. 1066 r / ducados de renta, que se podrán hazer mui bien de ella se guarde lo dispuesto en este mi testamento. Y si la hazienda fuere más o menos, se podrá subir, acreçentar o abaxar la cantidad y número de las personas que en él señalo, ansí de las quatro huérfanas de mi linage que se [h]an de casar, como dicho es, en cada un año, con çien ducados de dote cada una, como de los tres estudiantes, y quatro capellanes, y aver-se el pósito; y tanvién se podrá rever el salario que [h]an de aver los alcaldes y cura de la dicha villa de Pedraça por sus ocupaçiones. De manera que, guardándose lo que queda declarado, que se ha de haçer con la dicha renta, y el gasto que [h]a de tener la dicha capilla, ansí de su fábrica, para su conserbaçión, como de los ornamentos que siempre [h]a de tener, muy buenos cállices, çera, bino, y açeite para su lánpara, y otras cosas neçesarias para el culto divino, se [h]a de procurar que la renta se gaste toda, añadiendo más número en esta memoria o disminuyendo en lo que mis albaçeas ordenaren, sino alcançase la renta que ubiese de la dicha mi hazienda, siendo esta la boluntad de la dicha mi hija, como arriba queda declarado, y no de otra manera.

Yten mando que dicho lo susodicho, y asentada la dicha memoria o memorias, mis huesos se trasladen de la parte e lugar donde estuvieren depositados y se lleven a la dicha villa de Pedraça, los quales se pongan con los de mis señores padres, en la parte donde se huviere fundado la dicha memoria y capilla. Y para cumplimiento de este mi testamento, mandas y legados, y lo demás en él contenido, dexo y nombro por mis testamentarios y alvaçeas al señor liçençiado Pablo de Laguna, del Consejo de su Magestad y su presidente en el Real de las Yndias; y a la dicha doña María Gonçález, mi hija y huniversal heredera; / fol. 1066 v / y a don Françisco Linero y Maqueda, su marido; a los quales y a cada uno de ellos ynsolidum, doy todo mi poder cumplido y bastante qual de derecho se requiere y es neçesario para que cobren y recojan todos los dichos mis vienes, y los muebles y semobientes los vendan en almoneda o fuera de ella, y cumplan este mi testamento. El qual dicho poder les doy con libre y general administraçión, para que usen de él aunque se pasare el año fatal del albazeazgo, y otros términos.

Yten mando que mi sobrina María Gonçález ofrende mi sepultura y [la] de mis padres, y sus agüelos, que está en la yglesia de la villa de Pedraça, todo un año, y lo que más fuere su boluntad, de vino y çera, conforme a la calidad de mi persona, y como y de la manera que se acostumbra en la dicha villa; y desde luego se le den para la dicha ofrenda diez cargas de trigo, y veinte ducados para çera, y por su travaxo y cuidado le dé don Françisco Linero, mi hierno, lo que le pareçiere de los obgetos de mi casa, porque es mi boluntad que se [h]aga por la mucha satisfaçión que tengo a su persona.

Yten digo y declaro que yo [h]e servido al rei nuestro señor de más de treinta y nueve años a esta parte, en los ofiçios y cargos de oydor de la Real Chançillería de Granada, presidente de Guatimala y en su Real Consejo de las

Yndias, por lo qual el rei nuestro señor me [h]a hecho mucha merçed. Y agora últimamente [h]e servido en la presidencia y gobernación del Nuevo Reyno de Granada, y en el asiento de las alcabalas, arbitrios, conpusiciones, venta de ofiçios y otras cosas, de que aviéndoseme conçedido liçençia para bolber a la dicha mi plaça, donde al presente estoy, del Real Consejo de Yndias, se me mandó tomar bisita, la qual me tomó el doçtor Françisco de Sande, presidente, governador y capitán general del dicho Nuevo Reyno. Como por ella parecerá, algunos / fol. 1067 r / émulos míos procuraron, por muchos medios, oscureçer mi nomvre, y los muchos, buenos y leales serviçios que he hecho a el rey, nuestro señor, del dicho tiempo a esta parte. Por que su Magestad se satisfaga de mi lealtad e inoçençia, afirmo y declaro que, por la gloria que espero, que todas las cosas que hiçe en el dicho ofiçio y cargo fueron las que entendía, y entiendo, que convinieron a el serviçio de Dios nuestro Señor y de su Magestad, y bien de sus vasallos y tierras, sin que xamás por yntereses, ni otro medio ynjusto, hiçiese cosa yndevida, ni fuese a cargo de su Magestad, como lo soy en verdad, ni otra persona alguna. Y si [h]oy, en la traza que estoy, que es de dar quenta a Dios de mi vida, se me bolbiere a encargar y cometer, las mismas cosas hiçiera en ellas, lo mismo que entonçes hiçe, por entender que convenía así, y que hacía lo que soy obligado. Por lo qual suplico a su Magestad sea servido de mandar que en la dicha mi visita, que está bista, se determine para que de ella resulte mi justificación, y ser digno de resçibir merçed. Y esto procuren mis albaçeas con mucha ynstançia, que así se lo suplico, y espeçialmente se bea la dicha demanda arriva referida del dicho Melchor de Salaçar, para cuyo efecto está dada compulsoria, para traer el proçeso al Consejo, y la [h]e ynviado al dicho Nuevo Reyno (*de Granada*). Y por este mi testamento reboco y anulo, y doy por ningunos y de ningún valor, ni efecto, otros qualesquiera testamentos, cobdizilos, poderes y mandas que antes de éste [h]aya hecho, otorgado por escripto o de palabra, o en otra qualquier manera, aunque tengan qualesquiera cláusulas de rogatibas, que quiero que no valgan, ni [h]agan fe, ni prueba en juizio, ni fuera de él, salbo este mi testamento e última boluntad, e qualquiera que valga por tal, en aquella bía e forma que mejor [h]aya lugar de derecho.

Yten que sin embargo de lo contenido en una de las cláusulas, en este mi testamento, en que nombro por capellanes de dos capellanías que fundo a Andrés Gonçález y a Blas Gonçález, mis sobrinos, y porque dicho Blas Gonçález no es de presente de misa, entre tanto que él no lo es, nombro a el bachiller Arçe para que diga las mismas que el dicho Blas Gonçález ha de dar. Por mi boluntad / fol. 1067 v / hordenado, quiero y mando que el dicho Blas Gonçález, mi sobrino, [h]aga deçir las dichas misas, y goçe y lleve para sí, para ayuda a [h]azerlas deçir, y sus estudios, los dichos çien ducados en cada un año.

Yten sin embargo que por este mi testamento mando que mis güesos sean trasladados y llevados a la villa de Pedraça, a la sepultura de mis padres, aora es mi boluntad que los dichos mis güesos y cuerpo sean traydos y llevados a la villa de Osuna, o a la parte que doña María Gonçález, mi hija, quisiere y ordenare.

Yten mando que en el açión y derecho que tengo en la yglesia mayor de la villa de Pedraça, así en la sepultura de mis padres como del asiento de ellas, subçeda María Gonçález, mi sovrina, y sus hijos.

Y reboco, y anulo, y doi por ningunos y de ningún efecto y valor todos y qualquier testamento o testamentos, mandas, o cobdiçilos, o poderes para testar que yo [h]aya hecho y otorgado asta agora, así por escripto como por palabra, como en otra qualquiera manera, los quales, ni ninguno de ellos quiero que no valgan, ni [h]agan fe en juizio ni fuera de él, salbo este que a el presente [h]ago zerrado, que quiero que valga por mi testamento o por mi cobdeçilo, o última e postrimera boluntad, o en cuia forma que de derecho mexor lugar [h]aya.

Mando se paguen a Marcos de Paz lo que paresçiere que devo, que [h]a dado para mi serviçio y gasto, que está asentado en sus libros, firmado de Juan de Solís.

Este testamento va scrito en nueve fojas de papel, y aquí firmada de mi nombre, y en fin de cada plana rubricado de Juan Calbo Scudero, scrivano.

Por la grabedad de la enfermedad, no me da lugar a haçer este mi testamento con la espeçifiçación y declaraçión que quisiera, dejando, como dexo, y nombro / fol. 1068 r / por mi heredera a la dicha doña María Gonçález, mi hija, y por testamentarios a los de suso declarados, y a fray Juan de la Puente, mi confesor, y a cada uno y qualquiera de ellos insolidum, y a el señor obispo de las Philipinas, fray Diego de Soria, doy poder y comisiòn quan bastante de derecho en tal caso se requiere y es neçesario, a los dichos obispo y fray Juan de la Puente, mi confesor, y a cada uno y qualquier de ellos, para que juntos o de por sí, en lo tocante al descargo de mi alma y conçiencia, como con ellos tengo comunicado, hagan y dispongan lo que les pareçiere por bía de testamento o de codiçilo, estendiéndose en mandas lo que conforme a derecho puedan y quepan en el quinto de mis bienes, para lo qual les doy la comisiòn y poder que tengo, y es neçesario de derecho, y para que lo puedan haçer dentro del término de derecho o fuera de él, como les pareçiere. (*Firmado y rubricado*). El doctor Antonio González***.

Mando que unos reposteros que tengo de mis harmas se repartan en dos partes. La una lleve don Françisco Linero, mi hierno, y la otra don Juan Gonçález, mi hijo. Y ansímismo mando al dicho mi hierno las ropas, forras de más taya y aforros que tengo. Mando para ayuda a la redençión de captibos diez ducados, en que aparto de la haçión y derecho que las mandas forçosas pueden tener a mis vienes. (*Firmado y rubricado*). Juan Calbo, scrivano.

/ fol. 1069 r / En la çudad de Valladolid, a ocho días del mes de Julio del mill seysçientos e dos años. Ante mí, el escrivano público ynfrascripto, presente el doctor Antonio Gonçález, del Consejo de su Magestad en el Real de las Yndias, estando a lo que pareçe enfermo, en su seso, memoria y entendimiento natural, dijo que crehe bien, fiel y asolutamente en el ministerio de la Santíssima Trini-

*** Este penúltimo párrafo, el único, figura escrito de mano distinta a la de los anteriores, y al siguiente y último.

dad, Padre, Hijo y una sola esencia, y en todo aquello que crehe y confiesa la Santa Madre Yglesia Romana, y en esta católica fe y crehençia se guelga de aver bibido, y protesta de vivir y morir. Y con esto dio y entregó a mí, el presente scrivano, y testigos que fueron de esta carta, esta escriptura, zerrada y sellada, la qual dixo que es su testamento, y que va escripto en nuebe foxas y una plana de papel, y al fin firmada de su nombre y en fin de cada plana, rubricado de mí, el presente scrivano, y que deja señalado sepultura, albaçeas y heredero, y les otorgava y otorgo por tal su testamento, y quiere que balga por tal, o por su cobdiçilo, o por última e póstuma boluntad, de tal forma que mexor de derecho lugar [h]a. Y rebocó y dio por ninguno, y de ninguna fe, ni balor, ningún otros qualesquier testamentos, mandas o cobdiçilos que hasta agora [h]aya hotorgado, ansí por escripto como por palabra, los quales quiere que no bal[g]an, ni [h]agan fe en juizio, ni fuera de él, salbo éste que a el presente otorga, que ansí quiere que no [h]aya, ni publique otro hasta después de sus días. Y lo otorgó ante mí, el escrivano, siendo testigos Juan Rodríguez, y Juan de Solís, y Alonso de Morales, y el liçençiado Andrés Fernández de Junco, Françisco de Liguçamo, y Françisco Fernández, y Juan Bautista de Pernia, estantes en esta çiudad, los quales lo firmaron de su nomvre. Y a ruego del dicho doctor Antonio Gonçález, porque por la gravedad de su enfermedad dijo no poder firmar, lo firmo ante testigos yo, de lo qual doy fe que conozco a el dicho otorgante. Andrés Fernández de Junco. Joan de Solís. Juan Rojas (?). Alonso de Morales Velloosillo. Françisco Hernández. Françisco de Liguçamo. Joan Baptista de Pernia. A ruego del dicho señor doctor, yo, Juan Calbo Escudero, escrivano público del Rey y de la Real Casa y Corte, y vezino de la villa de Nalda, firmo la presente y las demás, en testimonio de verdad. Juan Calbo, scrivano.

II

1601, mayo, 1

TESTAMENTO CERRADO DEL DOCTOR EUGENIO DE SALAZAR, DEL CONSEJO REAL DE LAS INDIAS, Y DE SU ESPOSA, CATALINA CARRILLO, PROTOCOLIZADO ANTE PEDRO DUARTE, ESCRIBANO PÚBLICO Y DEL NÚMERO DE LA VILLA DE MADRID. COMPLEMENTADO POR UN CODICILO POSTERIOR, MANUSCRITO EN VALLADOLID EL 1 DE DICIEMBRE DE 1601

AHP, Protocolo 2695, ff. 468 r-476 v

/ fol. 468 r / En el nombre de Dios Padre y Hijo y Spíritu Sancto, tres personas y un solo Dios verdadero, en quien (con su piedad) firmemente creemos, y a quien adoramos, y de la gloriosa Virgen María, nuestra Señora. El Doctor Eugenio de Salazar, del Consejo de Indias de su Magestad, hijo legítimo de

Pedro de Salazar y de Aldonça Vázquez de Carrión, su legítima muger, mis señores padres defunctos, que Dios [h]aya, vezinos que fueron de la villa de Madrid. Y Doña Catalina Carrillo, muger del dicho Doctor Eugenio de Salazar, hija legítima de Fernán Carrillo de Ribera y de María de Paz, su muger, mis señores padres, vezinos que también fueron de la dicha villa. Dezimos que hazemos y ordenamos juntamente nuestro testamento y última voluntad, en la forma y manera siguiente.

1.º Primeramente, confesamos y afirmamos que creemos y tememos todo aquello que nuestra Madre, la Sancta Iglesia de Roma teme, cree y enseña, y protestamos vivir y morir en esta fe catholica, y suplicamos a nuestro Señor Iesuchristo nos dé firme constançia en ella, para que no la ofendamos, y nuestras ánimas salgan en el estado que al serviçio suyo y a nuestra salvaçión convenga, las quales y nuestros cuerpos mandamos a la divina Magestad que nos crió, y hizo de nada.

2.º Pedimos que nuestros cuerpos sean sepultados, el de mí, el dicho Eugenio de Salazar, en el hábito del Señor San Françisco, y el de mí, la dicha Doña Catalina Carrillo, en el del Señor San Agustín, y que el que primero de nos muriere, sea sepultado en la iglesia parrochial (o monasterio) que estuviere más çerca de nuestra posada, donde pedimos por caridad a los padres cura y beneficiados (o prelado y religiosos) nos manden dar sepultura, entregando nuestros albaçeas la limosna que sea justa. Y el que de nos después muriere, sea / fol. 468 v / enterrado en la misma sepultura, si muriere en el mismo pueblo, y que sobre ella se ponga una losa de piedra blanca, con unas letras esculpidas que manifiesten nuestros nombres, y [que] como marido y muger estamos allí sepultados. Lo qual se entienda si muriésemos fuera de la villa de Madrid, porque, muriendo en ella, queremos ser sepultados en la iglesia del Señor San Ginés, donde hemos sido parrochianos, y donde lo fueron los padres de mí, el dicho Eugenio de Salazar, y están enterrados. Y para nuestro entierro se pida, en la capilla mayor de la dicha iglesia, sepultura, por la qual se dé una justa limosna, y se ponga sobre ella la losa que arriva está dicha, con las letras referidas.

3.º Los niños de la do[c]trina, pedimos que vayan con nuestros cuerpos, rogando a Dios por nuestras ánimas, y se les dé la limosna que a nuestros albaçeas parezca.

4.º Lo que toca a la cera y misas, y lo demás de nuestro entierro y honores, y otros sufragios, lo remitimos a la voluntad y disposiçión de nuestros albaçeas, encargándoles que todo ello se mida y modere conforme al codiçilo que dexaremos.

5.º A cada una de las mandas forçosas, mandamos ocho reales.

6.º Y porque podía ser que fuésemos a cargo, a algunas personas que no sabemos (o no nos acordamos), alguna cosa, y de la misma manera lo pudieran ser nuestros padres a otras personas, ordenamos que de nuestros bienes se den çient ducados de limosna por las ánimas de las dichas personas a dos hospitales, los más nesçesitados, que a nuestros albaçeas paresçiere, tanto al uno como al otro, que será de los que huviere en el pueblo donde el primero de nosotros muriere.

7.º Iten, yo el dicho Eugenio de Salazar, digo que he tenido días ha voluntad de instituir una memoria perpetua de misas en la dicha iglesia del Señor San Ginés, donde como dicho es, fueron parrochianos / fol. 469 r / y están sepultados mis padres. Lo qual, por la bondad de Dios, dexo concluido, y por el cura y beneficiados de la dicha iglesia acordado, debaxo de çierto çenso perpetuo que les destiné para limosna de las dichas misas; el qual çenso han de pagar Matheo Rodríguez de Alcántara, vezino de Madrid, y Diego de Alcántara, su hijo, y los demás suçesores suyos perpetuamente, por razón de çiertas tierras y çensos míos que yo les traspasé. La qual instituçión reçiba Dios, por su piedad, para sufragio de las almas mía y de la dicha mi muger, y hijos, y de las demás personas en la dicha instituçión referidas.

8.º Iten declaro yo, el dicho Eugenio de Salazar, que de la dote que se me prometió con la dicha Doña Catalina Carrillo, mi muy amada muger, así por mi señora María de Paz, su madre, como por Alonso Carrillo, su hermano defuncto, que renunció en ella sus legítimas, pasaron las escrituras por ante Gabriel Hernández, escribano público del número de la villa de Madrid, y la escritura de la paga y reçepción de dote pasó por ante Hernando de Medina, escribano asimismo del número de la dicha villa. Mando se saquen las dichas escrituras de los registros de los dichos escribanos. Y porque yo he gastado y consumido toda la dicha dote, se dé y pague a la dicha mi muger en los bienes que ella escogiere de los que de nuestro matrimonio quedaren. Todo el valor de la dicha su dote, que es todo lo que en la dicha escritura de promisión se me prometió, y más se le den las arras que yo le prometí, que constarán por la dicha escritura.

9.º Iten yo, el dicho Doctor Eugenio de Salazar, digo que para la venida de México a España, de donde la Magestad del Rey Don Phelippe Terçero, nuestro señor, me mandó le viniese a servir en su Real Consejo de Indias, / fol. 469 v / me hallé tan neçesitado que, si mis Señores y amigos no me socorrieran, haziéndome unos de ellos préstamos de dinero, y otros esperándome de su voluntad por algunos dineros que les debía, no fuera posible yo venir a España. Que lo que a cada uno de ellos debo, lo dexo declarado en un memorial firmado de mi nombre. Y los bienes que por mi muerte quedan (que son los que en otra cláusula de este testamento declaro) no son bastantes para la paga de las dichas deudas. Por tanto, ruego mucho a mi buena muger que, si su Magestad le hiziere merçed (como yo espero tenga por bien) que de ella se pague de mis deudas, lo que se pudiere pagar, reservado su honesto y moderado sustento. Y si mis obras se imprimieren, todo lo que de ellas proçediere, lo dé a mis acreedores, hasta la concurrente cantidad de las deudas.

10.º Declaramos que tenemos por siervos nuestros a Gaspar Nalu y Catalina Biafra, su muger, y çinco hijitos suyos llamados Petronila, Catalina Ventura, Françisquito, Gasparçito y Mariquita. Más tenemos a Diego Balanta y Joana Bran, su muger, todos morenos, a los quales todos tenemos amor por habernos servido bien, y haber muchos años que los mayores nos sirven, y haber los hijos de ellos nascido y criádose en nuestra casa. Por tanto, yo, la dicha Doña Catalina Carrillo, les doy libertad a todos y a cada uno de ellos, y los hago libres, y no sujetos a servidumbre alguna, con tanto que todos sirvan

al dicho Doctor Eugenio de Salazar, mi señor y marido, todos los días que él viviere, y le sirvan muy bien, y después que Dios le lleve de esta vida, queden todos los dichos esclavos libres. Y se den al dicho Gaspar Nalu çient ducados de mis bienes, para / fol. 470 r / que ponga algún reatillo con que se sustente, y a la dicha Joana Bran se den çinquenta ducados para el mismo efecto. Con lo qual yo, la dicha Doña Catalina, me aparto y desisto de todo lo que me pueda perteneçer por razón de mi dote y arras, en que soy la acreedora más antigua del dicho Doctor Eugenio de Salazar, mi marido.

11.º Declaro yo, el dicho Doctor Eugenio de Salazar, que desde el principio del año de mil y quinientos y çinquenta y ocho he servido continuamente a las Magestades de España, en ofiçios de justiçia en España y en las islas de Tenerife y la Palma, y en la Audiencia de Sancto Domingo de la Española, y en el patroçinio de su real fisco en las Audiencias de Guathemala y México, y de oidor de aquella Real Audiencia, y últimamente en ofiçio de consejero del Rey don Phelippe Terçero, nuestro señor, en su Real Consejo de Indias. Y afirmo que por servir a sus Magestades con amor y limpieza (como por la bondad de Dios las he servido), y por los muchos gastos de tan largos caminos de tierra y viajes de mar, he gastado y consumido los salarios de mis ofiçios, y todo mi patrimonio y la dote de mi muger sirviendo, y no dexo otros bienes más que mis libros, y una tapiçería, y un cavallo, y un poco de plata labrada de mi serviçio, y poco mueble de mi casa, y los vestidos míos y de mi muger, que no son de preçio, por lo qual, atreviéndome a la magnanimidad de mi Rey y Señor, y con firme esperanza que llevo en su real benignidad y largueza para el remedio de mi pobre muger, que es bien nascida y muy enferma, y de mucha edad, suplico humildísimamente a su Magestad se duela de ella y de mí, y se sirva de hazerle merçed para su honesto sustento y / fol. 470 v / para la paga de mis deudas, atento que no dexo hijo, ni otra persona alguna en quien reçibir merçed. Y ésta suplico humildísimamente a su Magestad me haga, en premio de mi largo y fiel serviçio, y del que a las Magestades del Emperador y Rey don Phelippe Segundo, su abuelo y padre, Señores nuestros, que de Dios gozan; y de Pedro de Salazar, mi padre, sirviendo a la Magestad Imperial en la guerra de Alemania, a su propia costa y minsión, y historiando y escribiendo las victorias y hazañas de este ínclito abuelo y padre hasta el día de su muerte, y sirviéndole con la escritura de ellas. Y ruego a mis alvaçegas manden sacar esta cláusula de mi testamento y presentarla en el Real Consejo de Cámara de Indias, ante los señores de él, a quien suplico se sirvan de consultar a su Magestad, con charidad, la pobreza en que queda mi buena muger, y la neçesidad que mi ánima lleva de la paga de mis deudas, para que me haga la merçed que por tan buen medio se puede esperar.

12.º Iten yo, el dicho Eugenio de Salazar, digo que unos mil ducados, poco más o menos, que me quedaban de lo que de Indias traxe, Andrés de Herbás, mi amigo, vezino de Sevilla, me los remitió en letra de Jacome Mercado, a cambio, con otros çinco mil y trezientos y setenta y tres reales, que en la misma letra, que era de mil y quinientos ducados, venían inclusos, y eran del señor don Joan de Fonseca, oidor de la Real Audiencia de México, que por orden suya los había yo de cobrar y pagar en corte a personas a quien su merçed les

debía, y viniendo como vino la dicha letra sobre un Andrés de Herbás, correspondiente del dicho cambio, y habiéndola azeptado, suçedió que antes que se cumpliese el plaço, él y el dicho Jacome Mercado quebraron, y la / fol. 471 r / letra no se ha cumplido, y está en duda si se pagará. Mando que lo que de ella se cobrara, se reparta entre el dicho señor don Juan de Fonseca y mi heredero, por rata de lo que cada uno ha rescibido en la dicha letra, y de lo a mí pertençiente se den al dicho Andrés de Herbás trezientos ducados que me prestó, a cuenta de lo que de la dicha letra se cobrare.

13.º Más digo que yo dexo, entre mis libros, quatro escritoçitos (*sic*) de mi mano, enquadernados en pergamino, los dos de marca de pliego, otro de quarto de pliego y otro de ochavo, que los mayores están intitutados con un título que dize *Casus responssa sive allegationes et lucubrationes Eugenii Sanazarii*. Y el título del mediano dize *Repertorium laborum meorum*. Y el del menor, que también es a manera de repertorio, dize *Grana an rea utriusque iuris atque sacre pagine*. Que todos [estos] quatro libros son de estudios míos jurídicos. Y asimismo dexo otros dos libros escritos, el uno de mi mano y de la de Fernando, mi hijo que está en el çielo, enquadernado en tablas y cuero colorado, en que están mis obras en verso, y cartas mías en prosa; y el otro de mano agena y mía, enquadernado en cuero leonado, y dorada la enquadernaçión, donde están las mismas obras de poesía sacadas en limpio, y algunas de las dichas cartas en prosa. Y también dexo otra obra mía en verso, intitulada *Navegaçión del alma*, con una enquadernaçión leonada y leonada dedicada a la Magestad del Rey nuestro Señor, escrita de mano. Y dexo otro libro enquadernado en cuero leonado y dorado, en que están las obras que hizo e imprimió el dicho mi padre. Ruego a mis albaçeas que los tres libros de poesía referidos se guarden, hasta ver si ay orden de imprimirlos, conforme a lo que digo en la cláusula siguiente, y de los demás que he dicho de mis papeles en esta cláusula, vean cómo se podrán mejor aprovechar. Y de otro libro, que es / fol. 471 v / grande de marca de pliego, escrito de mano de diversas letras, que todo él es de avisos tocantes al buen gobierno y seguridad de las Indias.

14.º Iten digo que yo he procurado juntar y sacar en limpio otros estudios míos, demás de los referidos en la cláusula preçediente, los quales tengo enquadernados en un libro cubierto con pergamino azul dorado, con un título que dize *Doxa culiaribus curiarem novi orbis*; y los mismos en otro libro grande, enquadernado en cuero leonado con çintas amarillas, y otro de menos hojas, enquadernado también en cuero leonado y dorado, y çintas amarillas. Y esta misma obra dexo últimamente sacada en limpio, más emendada y añadida, escrita de mano en tres cuerpos de pliego, enquadernados en pergamino con rayas azules y çintas verdes. De otro que, si yo dexare despachado privilegio para la impresión de esta obra, se imprima a costa de mis bienes, si los huviere, y si no se procure tomar asiento con algún impresor, de manera que él la imprima a su costa, y quede para mis acreedores parte de la ganança. Y si esta obra se imprimiere, se procure también privilegio para la impresión de mis obras de poesía, y se impriman tomando también asiento útil con algún impresor. Y la impresión de estas obras de poesía se ha de hazer por el libro leonado y dorado

donde ellas están más añadidas y corregidas, y por el de la *Navegación del alma* de que he hecho mençión en la cláusula preçediente. (*Al margen*: No se han de imprimir las cartas en prosa). Y la dedicación (*sic*) de las obras de derecho haga Su Señoría del Señor liçenciado Laguna, Presidente del Real Consejo de Indias, que debo este suçeso y otros muy mayores a Su Señoría, por las muchas que me ha hecho. Y esta dedicación se saque del libro grande, encuadernado en cuero leonado dorado, que arriva he hecho mençión, donde al principio de él está escrita. Y si las obras de poesía se imprimieren, se dediquen todas a la Magestad del Rey nuestro Señor, / fol. 472 r / a quien tengo dirigida la *Navegación del alma*. Y suplico a su Magestad perdone mi atrevimiento.

15.º Iten digo que, entre mis papeles, quedan recaudos de deudas antiguas mías que he pagado. Y quedan libros de mano que dexó el dicho Fernando de Salazar, mi hijo que Dios [h]aya. Y quedan algunas obras de las que escribió y no imprimió el dicho mi padre, y entre ellas *Las novellas* o quentos con que sirvió a la Magestad del Rey Don Phelippe Segundo, nuestro Señor que está en el çielo, escritas de mano en quadernos. Ruego a mis albaçeas que estos papeles se aprovechen, y en espeçial estas novellas, porque çierto tienen ingenio, y gustoso y honesto entretenimiento.

16.º Iten ambos, Eugenio de Salazar y Doña Catalina Carrillo, dezimos que por lo bien que nos han servido María de Figueroa, nuestra criada, y Gerónimo de Reyna, su marido, hemos deseado se huviera ofreçido algún ofiçio (o entretenimiento en Indias) en que acomodarlos, y no ha habido ocasión para este efecto, de que nos pesa mucho, y porque creemos se querrán volver a la Nueva España, de donde son naturales, mandamos se les den trezientos pesos de a ocho reales de nuestros bienes. Y demás de esto, y de lo que siempre hemos hecho por ellos, quisiéramos hallarnos sin otras deudas más preçisas, para que mejor vieran la buena voluntad que les tenemos, la qual reçiban.

17.º Iten dezimos que hemos criado y enseñado en nuestra casa a María, nuestra criada, huérfana, que yo la dicha doña Catalina he querido tome mi apellido, y se llame María Carrillo. Y porque por haberse criado en nuestra casa y serviçio la tenemos amor y buena voluntad, y no la hemos podido casar, y deseamos que no venga a menos, mandamos que de nuestros bienes se le den çiento y çinquenta ducados, con que se vista y se ponga en serviçio / fol. 472 v / de alguna señora que la tenga muy bien, de lo qual rogamos a nuestros albaçeas, por caridad, se encarguen, que harán a Dios serviçio en ello.

18.º Y ambos, los dichos Doctor Eugenio de Salazar y Doña Catalina Carrillo, marido y muger legítimos, dezimos que pues Nuestro Señor ha sido servido llevar para sí nuestros hijos, y nos hallamos sin suçesión legítima y forçosa, y el amor que en vida nos hemos tenido y tenemos, es justo lo tengamos y mostremos en nuestra muerte. Nos instituimos el uno al otro por heredero universal de todos nuestros bienes, de manera que el que Dios fuere servido que sobreviva, suçeda y herede al otro, con el remanente de sus bienes cumplido, y pagado lo que en este testamento queda dispuesto. Y porque nuestro hijo Fernando de Salazar Carrillo, que Dios [h]aya, en su testamento declara que dexa una hija natural, de edad de tres años, en poder de su madre, en la çiudad

de Salamanca, la qual hasta agora no hemos visto, queremos que si después de la muerte de ambos quedaren algunos bienes nuestros, pagadas nuestras deudas y cumplido lo que en este testamento disponemos, sean para la dicha hija natural de dicho nuestro hijo, a la qual, en el entre tanto, el que de nosotros quedare vivo hará el bien que pueda.

19.º Nombramos por nuestros albaçees testamentarios a nuestro padre y íntimo amigo Gaspar Moro, de la Compañía del Nombre de Jesús, y a Matheo Rodríguez de Alcántara, nuestro deudo, y al que de nosotros quedare vivo, a los quales y a cada uno de ellos insolidum damos poder, qual se requiere / fol. 473 r / para la execuçión y cumplimiento de este nuestro testamento y lo en él contenido, y para que para este efecto puedan entrar por su propia authoridad en nuestros bienes, y mandarlos vender y disponer de ellos en la manera que les parezca. Y revocamos y anulamos otros qualesquier testamento y codiçillos que antes de este [h]ayamos hecho y otorgado en qualesquier partes y lugares, y queremos que éste sólo y no otro alguno valga como nuestro testamento verdadero y última voluntad nuestra que es, o por la vía que [h]aya y pueda haber lugar de derecho, y en firmeza de ello lo firmamos de nuestros nombres, aquí y en la cubierta de este testamento. El doctor Eugenio de Salazar. (*Rubricado*). Doña Catalina Carrillo. (*Rubricado*).

/ fol. 474 r / En la Villa de Madrid, a primero día del mes de mayo de mill y seysçientos y un año, ante mí, el presente scrivano, y testigos, pareçieron presentes el doctor Eugenio de Salazar, del Consejo Supremo Real de las Yndias, y la señora Doña Catalina Carrillo, su muger, residentes en esta dicha villa de Madrid. Y me entregan a mí, el presente scrivano, esta escritura de testamento ynscritis, çerrada y sellada, escrito en seys fojas en todo y en parte, de la letra del dicho doctor y rubricadas de su rúbrica, y firmado al fin de él de los nombres de los dichos señores, doctor Salazar y doña Catalina Carrillo, en el qual dejan ordenado cosas tocantes a sus ánimas y conçiencia, y en los ordenados albaçees y herederos. Quieren y es su boluntad que lo que en él se contiene cumpla y execute, y que no se avra, ni publique [h]asta tanto que qualquiera de los dos sea falleçido y pasado de la presente vida. Y rebocaron y anularon otros qualesquiera testamento que antes de este [h]ayan fecho, así por escrito como por palabra, que quieren que no valgan, ni [h]agan efecto en juiçio, ni fuera de él, salbo éste que al presente haçen y otorgan, que quieren que valga por su última y póstuma boluntad, o por aquel modo que mejor ay en derecho. Y así lo dijeron y otorgaron ante mí, el dicho scrivano, por escrito, y testigos que fueron de todo lo dicho, el liçençiado Belorado Brutón, y Matheo Rodríguez de Alcántara, y Pedro Fernández Nuño, y Gerónimo de Reyna, y Andrés López, y Antonio Morán, calçetero, y Domingo López de Álava, vezinos y estantes en esta dicha villa, y los dichos son capaçes, y yo el presente scrivano doy fe de que conozco a los vezinos de sus nombres, juntamente con los dichos; y al presente Antonio Morán dijo no saver firmar. Firmólo por él uno de los dichos testigos. El doctor Eugenio de Salazar. Doña Catalina Carrillo. Matheo Rodríguez de Alcántara. Domingo López de Álava. Pedro Fernández Nuño. Francisco velorado Butrón.

Gerónimo de Reyna. Testigo, Andrés López. Pedro Duarte, scrivano público, uno de los del número desta dicha villa de Madrid. (*Rúbricas*).

/ fol. 475 r / En el nombre de Dios, yo, el doctor Eugenio de Salazar, del Consejo Real de las Indias, digo que, después que otorgué mi testamento çerrado, juntamente con doña Catalina Carrillo, mi amada muger, en la villa de Madrid, a primero del mes de Mayo del año de 1601, por ante Pedro Duarte, escribano público y del número de la dicha villa, he acordado mudar la forma de mi entierro, y ordenar algunas otras cosas. Por tanto, digo y ordeno lo siguiente.

Primeramente, que si Dios fuere servido que yo muera en esta Çiudad de Valladolid, se escuse en mi entierro todo género de pompa, funeral y gasto no nesçesario, pues todo eso no preçisa para el sufragio de las almas. Y así pido encareçidamente a mis albaçeas que el día que yo muriere, vestido mi cuerpo con el hábito del Señor San Françisco, se meta en un ataúd que se cubra con una bayeta negra, y en anocheçiendo (si muriere de día) o al amanecer (si muriere de noche), se ponga en un coche que para ello se alquile, y sea en él llevado al monasterio de los religiosos carmelitas descalços, extramuros de esta çiudad, donde está enterrado el cuerpo del señor liçençiado Hernando de Saavedra, que Dios [h]aya, buen amigo y compañero mío que fue del dicho Real Consejo de Indias, y junto a su sepultura, a la mano izquierda, me entierren, haziendo los benditos padres el ofiçio conforme a la hora en que huvieren de enterrarme. Y para este ofiçio se lleven seis hachas que alumbren a la cruz de mi Señor Jesu-christo, / fol. 475 v / y las candelas nesçesarias para los dichos religiosos, y en mi entierro no vayan más que uno de mis albaçeas, el que más desocupado se hallare, y mis criados. Y así, a los días que a mis albaçeas parezca, se me hagan las exequias con otra media dozena de hachas que alumbren la sancta cruz, y las candelas nesçesarias para el altar donde se huviere de dezir la misa, y para los religiosos. Y se avise dos o tres días antes a su Señoría del Señor Presidente y consejeros de Indias, y mis señores y amigos y compañeros, para que lo sigan y hagan a mi memoria la charidad y merçed que sean servidos. Y las hachas del entierro y honras sean para el convento de los dichos religiosos, con más la limosna que a mis albaçeas parezca por la sepultura y ofiçios. La qual se les pague de mis bienes. Y ruego mucho a la dicha mi amada muger que, si muriere en esta çiudad, se mande enterrar conmigo, para que como hemos vivido juntos tantos años, lo estemos muertos hasta que Dios nos mande llamar para el universal juicio, de donde suplico por su piedad y clemençia nos llame juntos a su gloria, donde le demos graçias y alabanças eternas, amén.

Mando que a Diego de Reyna, mi paje, le den un vestido de luto y más çinquenta ducados.

Declaro que después del último testamento, que hize juntamente con la dicha mi muy amada muger, se nos han muerto dos negritos, Françisquito y Gasparçito, de los que dexé declarados en el dicho testamento.

Y demás de los albaçeas en el dicho testamento declarados, nombro por albaçea mío al señor liçençiado Velorado de Butrón, abogado de esta real corte, al qual suplico lo açepte y haga esta charidad a mi alma, por serviçio de Nuestro Señor, y por hazerme a mí merçed (por la amistad que a mí y yo le tengo).

/ fol. 476 r / Y quiero y es mi última voluntad que lo contenido en esta escritura valga y se cumpla, aunque no quede otorgado por ante escribano público, ni testigos, sino con sola mi firma, y que valga por codicillo o por última disposición, y por la vía que de derecho pueda valer, y así lo otorgo. Fecha en Valladolid, en primero día del mes de Diciembre de 1601 años. Vale todo, donde dize que convienen al des, y donde dize, antes que amanezca. Y va escrito en el margen, al amanecer. Vale. Va testado donde dize, Señores. Entre renglones, lo suplico. Vale. Testado, más lo suplico. El Doctor Eugenio de Salazar. (*Rubricado*).

Iten digo que el dicho testamento cerrado, que juntamente otorgamos la dicha mi muy amada muger y yo, declaró ella que se daba por contenta de su dote y arras con los negros que entonces teníamos, que son los nombrados en aquel testamento, y les daba libertad, dexando todos los demás bienes para la paga de mis deudas y acreedores. Y porque las cosas no están oy en aquel estado, porque se han muerto dos negreçitos, y una morena, su hermana, está muy enferma, que no se tiene esperançã de que [h]aya de vivir. Y los morenos que quedan no satisfazen el valor de la dicha dote, que fueron mil y dozientos ducados, poco más o menos, y dozientos ducados de arras, y así con los morenos solos que quedan, quedaría muy defraudada de su deuda, que es primera en tiempo y más privilegiada en derecho. Por tanto, mando que para en cuenta de la dicha dote y arras se le den los morenos que al tiempo de mi muerte estuvieren vivos, / fol. 476 v / tasados justa y moderadamente, conforme a los preçios de esta tierra, y sobre el valor de ellos se le supla de mis bienes hasta la cantidad de los dichos mil y quatroçientos ducados de su dote y arras, que le son muy debidos. Y de los demás bienes míos se pague lo que alcançare de mis deudas. Y ruego a María de Figueroa y a María Carrillo, que a su señora, pues queda muy enferma, sino que la acompañen, como siempre han hecho, que demás de lo dispuesto en nuestro testamento, yo les mando dar las gratificaciones que corresponden al amor que les tenemos, y no exçedan de ello, sin embargo de lo que en mi testamento dexo ordenado, quanto a mi entierro. El Doctor Eugenio de Salazar. (*Rubricado*).

III

c. 1611

RELACIÓN DE LOS MÉRITOS Y SERVICIOS DE DON ANDRÉS CRIADO DE CASTILLA, CAPITÁN GENERAL QUE FUE DE LA PROVINCIA DE GUATEMALA, HIJO ÚNICO DEL DOCTOR ALONSO CRIADO DE CASTILLA, DEL CONSEJO REAL DE LAS INDIAS, Y PRESIDENTE, GOBERNADOR Y CAPITÁN GENERAL DE LA REAL AUDIENCIA DE GUATEMALA

AGI, Guatemala, leg. 60

/ fol. 1 r / Don Andrés Criado de Castilla, Capitán General que fue en la Provincia de Guatemala, hijo único del Doctor Alonso Criado de Castilla, Presi-

dente, Gobernador, y Capitán General de la Real Audiencia, y Provincias de Guatemala, que murió viniendo a servir la plaza de consejero del Real Consejo de las Indias, y nieto de Diego de Vera, Presidente, Gobernador, y Capitán General de las Audiencias de Santo Domingo, y Panamá.

Ay información secreta, hecha de oficio en la Audiencia de Guatemala, y otros autos, y recaudos, por donde consta.

Servicios del abuelo materno del suplicante, y de su bisabuelo.

Consta por la dicha información por público y notorio, que el dicho Licenciado Diego de Vera, abuelo materno del suplicante, sirvió la plaza de Oydor de Galicia en estos Reynos, y Presidente de las Audiencias de Santo Domingo, y Panamá, que murió sirviendo la dicha Presidencia, aviendo servido más de veynete y cinco años, con mucha satisfacción, y aprobación general, y dio buena residencia de los dichos cargos. Por cédulas de 17 de Noviembre [de] 1567 y 12 de Abril de [1]565 consta, que el dicho Licenciado Diego de Vera sirvió las dichas Presidencias; /fol. 1 v/ y por un testimonio de escrivano, aver sido dado por libre en la residencia que se le tomó de la de Santo Domingo.

Que el dicho Licenciado Diego López de Vera, su bisabuelo, fue Oydor de la Chancillería de Valladolid, donde sirvió muchos años con mucha aprobación y satisfacción general de su limpieza, entereza y rectitud.

Servicios del Doctor Alonso Criado de Castilla, padre del suplicante.

Consta por la dicha información que avía más de 42 años que pasó a las Indias en plaza de Oydor de Panamá. Ay un mandamiento dado por el dicho Doctor Criado de Castilla, en 7 de Mayo de [15]75, estando en Nombre de Dios, despachando la flota, para que los oficiales Reales entregasen al General la plata de su Magestad, para verificar que ha los quarenta y dos años que sirve. *(Al margen:* Fue uno de los más señalados ministros en la administración de justicia. Reducción de los negros zimarrones de Puertobelo, y el Vallano. Restauró 200.000 ducados que avía robado el cosario, y le prendió y castigó). Que sirvió la dicha plaza con mucha puntualidad y rectitud, y que fue de los más señalados ministros que ha avido, que demás de aver administrado justicia con singular aprobación, gobernando la dicha Audiencia, aviéndose puesto muchos y extraordinarios remedios para la conquista y pacificación de los negros zimarrones de Puertobelo, Vallano y Capira, y que hazían grandísimos daños, robos, fuerças, muertes y otros insultos, y amparavan a los co[r]sarios ingleses y franceses que infestavan las costas del mar del Sur, y del Norte, con evidente peligro y riesgo de la pérdida de aquellos Reynos. Con orden y comisión de la dicha Audiencia, acudió por su persona al remedio dello, y se puso en arma contra los co[r]sarios, que por medio de los dichos negros avían robado un navío que avía baxado de Guayaquil, con dozientos / fol. 2 r / mil ducados, y los prendió, y despojó de todo lo que avían robado. Y hecho esto, salió a la conquista y pacificación de los dichos zimarrones, a los quales con su mucha industria, sagaçidad, prudencia y buen gobierno paçificó y reduxo al servicio de su Magestad, y asentó con ellos, y capituló la paz, asistiendo a todo ello por su persona con mucho riesgo de su vida, y gran gasto de su hazienda, y lo

efe[c]tuó con mucho aprovechamiento de todo el Reyno, y en gran serviçio de su Magestad. Lo qual no se avía podido hazer en muchos años atrás, aunque para ello se avían hecho muy grandes gastos. Que este serviçio fue la restauraçión y conservaçión de aquel Reyno.

Averiguaçión y calidad del dicho serviçio por autos.

(*Al margen:* Los daños que hazían los negros, y lo que su Magestad mandó). Por muchas y diferentes çedulas de los años de 73, 74 y 78, en que se representan los robos, muertes y fuerças hechas por los dichos negros, y confederaçión hecha con los enemigos, y lo mucho que se avía gastado de la Real hacienda en hazerles guerra, y la dificultad que tenía disiparlos (*sic*) por ella, y el riesgo y peligro en que estavan aquellos Reynos por la dicha causa, mandava su Magestad por las últimas de ellas, se procurase atraerlos de paz con buenos medios, y da la orden de la comodidad y capitulaciones con que se le perdonen sus delitos, y les diesen poblaçión. Y que quando por este camino no pudiesen ser reduzidos, se prosiguiese con ellos la guerra. Y en este caso mandó también que el General Diego Flores de Valdés, con su armada, acudiese a ello, por lo mucho que importava su efecto, por uno de los dichos dos caminos. / fol. 2 v /

(*Al margen:* Vienen de paz, por orden del Doctor Criado de Castilla). Presidiendo en la dicha Audiencia de Panamá el dicho Doctor Criado de Castilla, como más antiguo, en 11 de Marzo de [15]79, uno de los dichos negros zimarrones de la parçialidad de Puertobelo, que eran los que más daños hazían, vestido a la usanza de ellos, y con su arco, y flechas con puntas de hierro, vino a Panamá con otro negro de los de aquella çudad, que el dicho Doctor Criado de Castilla avía embiado para reduzir a los dichos zimarrones de la dicha parçialidad, y que viniesen de paz, y se viesen con el dicho Doctor Criado de Castilla en el campo, en el lugar que quisiesen. Y el dicho negro zimarrón se hincó de rodillas ante el dicho Doctor Criado de Castilla, estando en las casas Reales, y le dixo que su Capitán mayor le embiava, y que pues el dicho Doctor Criado de Castilla era el cuchillo, y ellos la carne, que cortase por donde quisiese, que no querían yr a otra parte, sino venir a donde él estava, y que él venía en nombre de todos los negros para dezirle que, yendo a verse con ellos, vendrían todos de paz a servir a su Magestad como sus vasallos christianos, que si no era con el dicho Doctor Criado de Castilla, no vendrían con otra persona ninguna, que saliese al monte a verse con el Capitán mayor, y los demás zimarrones, que él los traería, y vendrían con él de paz.

(*Al margen:* Otra parçialidad vino por la misma orden). En quatro de Mayo del dicho año, un criado español del dicho Doctor Criado de Castilla, mayoral de sus estancias, vino ante él con otros quatro negros zimarrones de los del zerro de Cabra, que trahían los mismos géneros de armas y vestidos, y el criado dixo que, en cumplimiento de lo que le avía mandado que tratase con los dichos negros zimarrones que andavan alçados en el dicho cerro y su comarca, viniesen de paz, y se reduxesen al serviçio de su Magestad, él les avía hablado, y dícholes en la forma que les pedía se reduxesen / fol. 3 r /, los cuales venían de paz a gozar de la merçed que su Magestad, y el dicho Doctor Criado de Castilla

en su nombre, les quería hazer, y delante de él se hincaron de rodillas, y se tomó su testimonio.

(Al margen: Cómo estos negros se reduxeron y poblaron). Todos los dichos negros zimarrones de Puertobelo, y zerro de Cabra, se reduxeron y poblaron en un pueblo llamado Santiago del Príncipe, que está cerca del de Nombre de Dios.

(Al margen: Agradéceselo su Magestad, y manda lo que se ha de hazer con los demás). En cartas de 10 de Enero y 11 de Noviembre de 1580, su Magestad le agradeçe este serviçio, de que dize se tendrá memoria para hazerle merçed; y también aver hecho prevençiones contra el co[r]sario inglés, que por el estrecho de Magallanes pasó a la mar del Sur. Y manda su Magestad se procure la misma reducción con los negros del Vallano, o se les haga guerra.

(Al margen: Alardes y prevençiones contra el cosario. Salieron también los negros reduzidos, con arcos y flechas. Prosiguióse la guerra con los otros negros). Por los dichos años de [15]78, [15]79 y [15]80 se hizieron prevençiones y alardes en Panamá y Nombre de Dios, por orden del Doctor Criado de Castilla, por averse tenido nueva de enemigos. Y en uno de estos alardes se alistaron hasta 80 negros de los zimarrones con sus arcos y flechas, con ocasión de que los negros zimarrones de Vallano avían faltado la palabra que avían dado de reduzirse de paz. Se continuó con ellos la guerra con mucha furia, como su Magestad lo avía mandado.

(Al margen: Vinieron éstos también de paz, presidiendo el Doctor Criado de Castilla). El año de [15]82, bolviendo a presidir como más antiguo en aquella Audiencia el dicho Doctor Criado de Castilla, la Audiencia, en 7 de Enero del dicho año, proveyó auto en que dixo, que Antón Mandinga, Capitán y caudillo de los dichos negros zimarrones del Vallano, con mucha cantidad de ellos, se avían venido de paz al pueblo de San Miguel, donde estavan aguardando lo que la Audiencia les mandava, y aviendo /fol. 3 v / conferido sobre ello, considerando lo mucho que al serviçio de Dios nuestro Señor y de su Magestad convenía admitirse la paz que ofrecían, por el bien universal y seguridad de aquel Reyno, y beneficio de la Real hazienda, y atajarse los demás daños que hazían. Porque demás que por guerra era negoçio largo y dificultoso, y así imposible de acabar, por la multitud de los negros y aspereza de la tierra en que andavan, y los mantenimientos que tenían, que era imposible quitárselos, y que en la guerra se avían de gastar mucha suma de pesos de la hazienda Real, como se avía hecho de tres años a aquella parte, que se avía començado, y con la paz se asegurava el peligro y riesgo de aquel Reyno, por los co[r]sarios que podían venir, teniendo quien los amparase, aliándose con los dichos negros, y que una vez arraygados sería dificultoso expelerlos, fortaleçidos con la aspereza de la montaña. Y también se asegurava el camino desde Panamá a Nombre de Dios, que era el paso del Pirú, que antes no se podía andar con seguridad de la vida y hazienda, y era forçoso llevar escolta de gente armada, y con todo diversas vezes avían robado la hazienda Real y de particulares. Les pareçía que, en conformidad de la cédulas de su Magestad, se les admitiese la paz, y que fuesen reduzidos a población, pues se tenía experiencia del buen efecto de las reduc-

ciones de otros negros al pueblo de Santiago del Príncipe, que el dicho Doctor Criado de Castilla, que como más antiguo presidía, confiriese lo susodicho con el cabildo secular de Panamá, para proveer lo que conviniese. Hízolo, y acordaron que el General Pedro de Ortega Valencia fuese por los dichos negros, y los llevase al Río grande, en el asiento de Santa Cruz la Real. Reduxéronse, y por ser por el mes de Enero, y tener / fol. 4 r / falta de bastimentos hasta la cosecha, los mandó la Audiencia sustentar a costa de la Real hacienda, y que se les diesen las herramientas neçesarias para cultivar, y un vestido de cañamazo a cada uno, mediçinas, y çirujano, justiçia y protector que les defendiese, saçerdote que les doctrinase, y que los dichos negros avían ofreçido que de sus cosechas irían tributando cada año lo que se les ordenase.

(*Al margen:* Por su persona buscó sitio para ellos, y los pobló). En diez de Enero de [15]82, el dicho Doctor Criado de Castilla salió a buscar sitio, puerto, ríos, quebradas y montañas donde poblasen los dichos negros zimarrones. Llevó consigo mucha gente que tenían notiçia de la tierra, para el dicho efecto. Escogió el sitio [a] tres leguas de Panamá, [en] un llano encima de una loma espaciosa, rasa de montaña, tierra enxuta y ayrosa, cercado de quebradas, con aguas en abundancia, y a medio quarto de legua el Río grande, por donde nevegaban canoas que pueden baxar a la mar del Sur, para yr a Panamá a llevar bastimentos y frutos de la tierra. Que del dicho sitio se alcanza quinze leguas de montaña, tierra dispuesta para las sementeras, monterías y pesca, con ribera para plantar árboles y frutales, tierra rasa para pastos. Dista ygualmente de la mar del Sur y del Norte por la parte del río de Chagre, apartados de los montes del Vallano çien leguas, para desarraygarlos de donde solían estar. Tomó, en nombre de su Magestad, posesión del dicho sitio. (*Al margen:* Vienen los negros en forma de guerra, rinden las armas y hazen el vasallaje). Púsole Santa Cruz la Real. Puso dos cruces grandes, la una en un cerro levantado que señorea todo el sitio, y se divisan los caminos que pasan de Panamá a las estancias; y la otra en donde se avía de hazer yglesia. Plantólas por sus manos, y de rodillas, puestas las manos, las adoró con los demás que llevaba. Hizo hazer dos casas de madera y paja, donde se alojasen los negros que viniesen. Dio traza / fol. 4 v / para hazer la Yglesia y hospital, las calles y plaça, y se bolvió a Panamá, a esperar la venida de los negros. En 18 de Enero bolvió al Río grande, donde en nombre de su Magestad reçibió al General Pedro de Ortega Valencia con siete capitanes de los negros. Pidióle la lista de ellos, púsolos en orden, en forma de guerra, con caxas, trompetas y vanderas Real. Llegados delante del Doctor Criado de Castilla, los negros, postrándose por el suelo, dexaron caer las armas de las manos, e hizieron el vasallaje. Acogióles, tratándoles con amistad; alojóles, y los negros mostraron agradeçimiento de la merçed que en nombre de su Magestad se le hazía de guardarles la palabra del perdón que se les avía ofreçido, y en señal de ello, hizieron en toda la noche mucha fiesta de bayles con tambores, a su usança. Otro día partieron al sitio donde avía de ser la poblaçión, y por su persona enseñó todo el sitio a los principales de los negros, que mostraron averse satisfecho de él. En 20 del dicho (*mes de enero de 1582*) hizo lista de 175 negros, hombres, mugeres y niños, y adelante fueron

viniendo hasta en cantidad de 500. El siguiente día los juntó, e hizo un razonamiento de la obligación que tenían de dar gracias a Dios por la merced que él les avía hecho, y que se emendasen viviendo como christianos, etc. Hízoles dezir misa, ayudando a ello el dicho Doctor Criado de Castilla. Hizo les predicase un religioso Françisco, y dedicó la iglesia de la advocación del señor San Sebastián. Hizo que ellos nombrasen un mayoral y mandador, supuesto que todos avían de estar sujetos al Alcalde mayor que allí se les pusiese. Y les nombró proveedor para los gastos de los bastimentos. Nombróles do[c]trinero saçerdote. Pidióles que, en reconoçimiento de la merced que su Magestad les avía hecho, sirviesen a su Magestad / fol. 5 r /, en cada un año, con alguna parte de sus haziendas, y que esto lo tratasen entre ellos, y le diesen respuesta. Respondieron que ellos, sus hijos y mugeres, y haziendas, eran de su Magestad, y que con todo quanto tenían le servirían, según que se les mandase. Agradecióles la voluntad y ofreçimiento. Començaron a edificar la yglesia, y hazer roças para sus simenteras. Dio orden al dicho General Pedro de Ortega para que fuese por la demás gente reduzida, y despidió la de guerra, por no ser ya neçesaria. En ocho de Hebrero traxo el dicho General otros 99 negros e indios de los reduzidos. El Doctor Criado de Castilla hizo con ellos las diligencias que con los demás, y poblólos, apartados los indios de los negros. Y juntamente con el Déan de Panamá, con comisión de la sede vacante, se dio orden en hazer muchos casamientos y baptismos de hombres y niños que no estaban baptizados, y se hizieron presente el dicho Doctor Criados de Castilla, que fue padrino de los baptizados. (*Al margen*: Que han de contribuir a su Magestad con el terço de lo que cogieren, cada un año). Tornó a tratar con los mandadores y capitanes de los negros lo que les avía propuesto del serviçio que avían de hazer a su Magestad en cada un año. Y el dicho día asentó con ellos que, en cada un año sirviesen a su Magestad con la terçera parte de sus simenteras, y frutos, maíz, açúcar, algodón, arroz, frisoles, y las demás legumbres. Hízoles ordenanças, y para más seguridad de la reducción, y que los montes del Vallano no quedasen desiertos, ni los tomasen los enemigos, hizo pregonar en la çiudad de Natá, y villa de los Santos, que fuesen a poblar a ellos, y que se les daría algún emprestido, o ayuda de costa. Nombró contador para los gastos que se avían de hazer de la Real hazienda en el sustento de los dichos negros. Hizo averiguaçión como no quedavan más de ellos en los / fol. 5 v / dichos montes, aviendo embiado a recorrerlos con los que de ellos eran más prácticos, y los anduvieron todos, así de la vanda y vertientes de la mar del Sur como de la del Norte, en distançia de más de 200 leguas de largo. Hecha la reducción y población, el Audiencia, aviendo visto los autos, con asistencia del fiscal, en 16 de Abril de [15]82 lo aprobó, y mandó se diese aviso de todo, en la primera ocasión, a su Magestad en este Consejo (*de Indias*), y dispusieron la cobrança de la terçera parte de los frutos que ofreçieron los dichos negros de sus simenteras. (*Al margen*: Fue siempre a su costa el Doctor Criado de Castilla, y regalava los negros). Ay testimonio por donde consta que la costa que hizo el Doctor Criado de Castilla, todas las vezes que fue a la dicha reducción y población, era de su propia hazienda, y no de la de su Magestad, y que regalava de la dicha

su hacienda algunos de los negros zimarrones en Panamá, y en Santa Cruz la Real.

Prosiguen los servicios del Doctor Criado de Castilla, por la información de oficio.

(Al margen: Despachó la gente de las Filipinas). Que aviéndose despachado cédula Real para que en el Reyno de Tierra Firme se proveyese de bastimentos para 500 personas que yvan a Filipinas, a cargo del General don Gonçalo Ronquillo, por el año de 1580, el dicho Doctor Criado de Castilla hizo todas las prevençiones neçesarias para su avío. Consta de la cédula que para esto se despachó para la Audiencia de Panamá, y la comisión que la Audiencia dio al Doctor Criado de Castilla a 13 de Hebrero de 1580, y de los pertrechos y bastimentos que por mayor proveyó para la dicha expedición.

(Al margen: Otros dos navíos de armada para la mar del Sur). En 15 de Deziembre de [15]81, en acuerdo de Audiencia, contador de cuentas y ofiçiales Reales, dizen que / fol. 6 r / por quanto en días atrás el Virrey del Perú, con persona propia, avía dado aviso a la Audiencia que, en el puerto del Callao de Lima se avía bolado coin fuego un navío que tenía pertrechado y de respeto para ocasión de entrada de enemigos en la mar del Sur, y para que a su tiempo baxase en guarda de la plata de su Magestad, y de particulares. Y que por la falta del dicho navío, avía quedado todo lo susodicho desamparado, y sin defensa, y la dicha plata con mucho riesgo por falta de navíos y artillería, lo qual era mucho de temer, por las nuevas generales que avía, de que armavan muchos enemigos en Inglaterra y Françia para la mar del Sur, y que para remedio de ello se le embiase, con toda brevedad, dos navíos que nombra, pertrechados y aderezados con la más artillería y munición de guerra que se pudiese aver para que en ellos pudiese embiar la plata de su Magestad y particulares, con la defensa y seguridad que convenía. Y que aviendo visto los dichos despachos el liçenciado Cepeda, que a la sazón era Presidente de aquella Audiencia, Oydores y ofiçiales Reales, se avía mandado cumplir la dicha orden, y se avían comenzado de adereçar los navíos. Y porque de nuevo el Capitán Pedro de Santiago, que avía venido de Cabo Verde, avía dado aviso que el co[r]sario Francisco Draque bolví a la mar del Sur por el estrecho de Magallanes con çinco galeones, y avía pasado por la isla de Cabo Verde. Se acordó que se prosiguiese con toda diligencia el adereço, apresto y despacho de los dichos dos navíos, y se remitiesen al dicho Virrey. Lo qual se cometió al dicho Doctor Criado de Castilla, y los hizo aviar con todo lo neçesario de gente, artillería, armas y munición, y se hizieron a la vela con instrucción suya / fol. 6 v / en postrero del dicho mes (*de diciembre de 1581*), aviendo tardado en el apresto y avío solos quinze días.

(Al margen: Otra armada contra el cosario Draque). Hizo también el dicho Doctor Criado de Castilla, en Panamá, las prevençiones neçesarias, y una armada el mesmo año para la guarda de aquel Reyno contra el co[r]sario inglés que avía entrado en la mar del Sur.

(Al margen: Visitó los criados de don Françisco de Toledo). Que sirviendo la plaça de Oydor de Lima, visitó por mandado de su Magestad los criados y

oficiales del Virrey don Francisco de Toledo, y le dio su Magestad comisión estando en Panamá, y promovido por Oydor de México para visitar la Audiencia de la Nueva Galizia, que no tuvo efecto, por averle proveydo a la de Lima antes de salir de Panamá. Ay título de Oydor de México, fecho a 15 de Deziembre de 1580; el de Lima en 5 de Junio de [15]81.

(*Al margen:* Dio la orden como la plata del Perú viniese a Panamá, sin riesgo de enemigos). Que estando en Lima, sirviendo su plaça los años de [15]84 y [15]85, hizo y despachó otra armada en el dicho puerto del Callao para el Reyno de Tierra Firme, para traer la plata de su Magestad y de particulares. Y dio orden para que, de allí adelante baxase la dicha plata y oro en armada, como se ha hecho hasta agora, con que se ha asegurado el riesgo con que antes venía, trayéndola en navíos sueltos y desapercibidos, a cuya causa el co[r]sario avía robado el navío de San Juan de antón, con más de 500.000 ducados de su Magestad y particulares.

(*Al margen:* Prevención y avío de otra armada contra [el] co[r]sario que fue vencido). Que siendo Oydor más antiguo de la dicha Audiencia de Lima, y Consultor del Santo Oficio, el Virrey Marqués de Cañete, aviendo baxado al dicho puerto del Callao por el año de 1594, contra el co[r]sario Richarte de Aquines, que infestava el mar del Sur, nombró al dicho Doctor Criado de Castilla por su Teniente de Capitán General, y previno y embió al dicho Marqués el socorro neçesario de gente, y munijiones, / fol. 7 r / mediante lo qual, y la mucha diligencia que en ello puso, fue preso y castigado el dicho co[r]sario. Del nombramiento de Teniente Capitán General, y cartas del dicho Marqués, escritas al dicho Doctor Criado de Castilla, estimando su buena diligencia, prudencia y cuydado con que lo disponía, y que en el título dize: Mi Lugarteniente de Capitán general, consta de todo ello, y del nombramiento de Consultor del Santo Oficio de Lima en 14 de Diziembre de 1588.

(*Al margen:* Provisión a Guatimala). Que estando el Arçobispo de México visitando la Audiencia de Lima, sin estar acabada, su Magestad le hizo merced de promoverle por Presidente de la Audiencia de Guatimala, Governador y Capitán general de aquellas provincias, [como] consta del título fecho en 20 de Junio de 1596.

(*Al margen:* Reducción de indios infieles). Que sirvió la dicha plaça más tiempo de 13 años, y mediante sus buenos medios, industria, sagacidad y buen gobierno en el dicho tiempo, conquistó y reduxo gran número de indios infieles de la provincia de Costa Rica, de los Xicaques, Tequeguas, Manchés, y Montañeses (*sic*) de Nicaragua y otras naciones, tratando su conversión y reducción con medios suaves, escribiendo a religiosos que lo tratasen, y animándoles a ello, y dándoles ayuda de costa de tributos vacos, y de su propia hazienda, despachando correos para ello. Y se traxeron algunos indios capitanes de los infieles a Guatimala, a los quales agasajava, y regalava, y dio machetes, cuchillos y vestidos de seda, y los llevavan a comer a las casas Reales, donde con mucho cuydado los regalava, dándoles a entender que aquello se lo mandava dar su Magestad, y con esto se yvan a sus tierras agradeçidos y contentos, y con lo que éstos dezían a los demás, se reduzían todos. / fol. 7 v /

Averiguación del dicho servicio, y reducciones por autos.

(*Al margen:* Indios de la provincia del Manché). Aviendo el Doctor Criado de Castilla tenido noticia que los indios de Manché, que confinan con la jurisdicción de la Verapaz, de su voluntad se querían reducir a la fe católica, y servicio de su Magestad, para los atraer mejor a ello, en 5 de Julio de 1600 mandó que de tributos vacos se comprasen 314 tostones de hachas de cortar, machetes y sombreros, que eran las cosas de aquella tierra que más le agradaban, y se embiasen al Obispo de la Verapaz para que los repartiase entre ellos. Entregóse en el pueblo de Cahabón, jurisdicción de Verapaz, por ante escrivano, a los caziques que avían venido en nombre de los demás para sí, y que lo repartiessen con ellos. Bolvieron los mensajeros, dexando contentos a los indios, y concertado con ellos, que todos se vendrían de paz a reducir para fin de Noviembre. Escribió el Doctor Criado de Castilla a los indios en agradecimiento de su voluntad, y exortándoles a su reducción, y para ello, y que les predicasen, les embió religiosos. Mandó hazer información, y se hizo que de tres años a aquella parte tratava con ellos la dicha reducción, embiéndoles religiosos y dándoles ayudas de costa de su propia hazienda, por ser pobres sus conventos, y que de fuerça avían de llevar matalotaje, y que también les embió doze indios christianos que sabían su lengua, para que les enseñasen la doctrina christiana. Los religiosos traxeron al Doctor Criado de Castilla, a Guatemala, a tres indios manchés para que los viese. Agasajóles y dióles de vestir, y bolvieron muy contentos, dando cuenta de ello a los demás indios manchés. Todos los demás indios començaron a venir de paz al dicho pueblo de Cahabón, / fol. 8 r / perdiendo el miedo que antes tenían de que les avían de tratar mal, y se tratavan con los christianos, y de los infieles manchés se reduxeron y bautizaron mil y quatrocientas personas. Y se entiende que a imitación suya harán lo mismo los demás de aquella provincia. El año de [1]605, su Magestad dio cédula al dicho Doctor Criado de Castilla para que, luego como la recibiese, diese orden de embiar a la dicha provincia del Manché algunos religiosos, prudentes y zelosos del servicio de Dios, y de su Magestad, a catechizar y dotrinar los indios de ella, y que procurasen su reducción, que demás del servicio de nuestro Señor, su Magestad se tendría por muy servido. En carta de Julio de [1]607, su Magestad le da las gracias de la dicha reducción.

(*Al margen:* Indios tequeguas). Aviéndose descubierto por orden del Doctor Criado de Castilla el puerto de Santo Tomás de Castilla, y queriendo descubrir, y abrir camino para la comunicación de él con Guatemala y sus provincias, se halló que por donde se avía de romper el camino, cerca del dicho puerto, estaban en quatro poblaciones los indios infieles, que se llamavan Tequeguas, y que andavan de guerra con arcos y flechas, y cautivavan los indios christianos, y los llevavan a sus poblaciones. El Doctor Criado de Castilla los procuró atraer de paz por medio de un Antonio Jorge, dueño de algunas estancias comarcanas a estos indios, y escribió a los mismos indio, ofreciéndoles la paz y libertad en nombre de su Magestad, y de ayudalles. Dióse la carta a los caçiques destes indios en el pueblo de los reducidos de Amatique, y de allí a algu-

nos días vinieron de paz con todos los dichos indios, que fueron 205, y se reduxeron y baptizaron, y poblaron junto al dicho puerto, sin que en ello se aya gastado cosa ninguna de la Real hazienda. / fol. 8 v /

(Al margen: Descubrimiento y población del puerto de Santo Tomás de Castilla). Que mediante su diligencia y cuydado, el año de [1]604 embió a son- dar y descubrir el puerto de Santo Tomás de Castilla, a donde Estevan de Albarado y Sancho de Zevallos, e hizo traer desde la [H]abana el piloto Françisco Navarro, hombre viejo y de experiencia en la Carrera [de las Indias], que es uno de los mejores puertos de las Indias. Porque demás de ser el sitio tierra sana, tiene muy buenas aguas, y el puerto muy sosegado y abrigado, y que naturalmente tiene una lama muy densa, que sirve de lecho a los navíos, que aunque topen en el centro, no pueden recibir daño. Hizo poblar el puerto, y que la descarga de las naos que van de Castilla, vayan a él. Y el Capitán Pedro de Izaguirre, no aviendo querido yr a él, fue compelido por el Doctor Criado de Castilla, y entró en él seguro, y desde entonces se pobló y fundó, despoblando y deshaziendo el de Cavallos, donde suçedieron muchas pérdidas y robos que los co[r]sarios hazían al tiempo que las naos estaban cargadas para venir a estos Reynos, y no podían ser favorecidas, por ser playa abierta, y por el contrario, el puerto de Santo Tomás de Castilla, donde quando los co[r]sarios han pretendido entrar, han sido desbaratados, y defendidas las naos. Y así la gente que tiene experiencia, le aprueba por uno de los mejores puertos de las Indias. Y para que las mercaderías y hazienda de su Magestad, y de particulares, estuviesen seguras, y escusar las costas, gastos y riesgos que se seguían de llevarlas por el Golfo Dulce, hizo abrir camino por tierra para llevar las mercaderías desde el dicho puerto a Guatemala. Y asimismo hizo abrir caminos, con que quedaron comunicables por tierra las provincias de Panamá con Costa Rica.

/ fol. 9 r / *Comprovação de este serviçio por autos.*

(Al margen: Como ha muchos años que su Magestad deseó hallarle, y las causas que para ello avía, y diligencias que se hizieron). Ay çédulas de su Magestad de seys de Agosto de [1]603, refiriendo el robo de las naos que hizo el enemigo en el puerto de Cavallos, el año de [1]602, y la poca defensa que se entendía podía aver en él para lo de adelante, encargando a la Audiencia de Guatemala, y al Governador de Honduras, procuren el remedio que podía tener, y si la contratación, carga y descarga de aquel puerto se podía mudar a otro, y a cuál, y las comodidades o incomodidades, e inconvenientes que podía aver, y lo que se podía prevenir para escusar los dichos daños. Por petición e información del Fiscal de la Audiencia de Guatemala, sobre çierta sisa, se prueba con mucho número de testigos la bondad del dicho puerto, y cómo deseando su Magestad se descubriese puerto que lo fuese en aquella costa, avía embiado a ello diversas vezes, como fue a un Hermosilla, avrá más de veynte y seys años, y por el año de ochenta y nueve a don Françisco de Valverde, y con él a Juan Antonelo, ingeniero, y las muchas diligencias que avían hecho para ello los Governadores que avían sido de Guatemala, y no avía tenido efecto, aunque se avía gastado mucho de la Real hazienda, para escusar los grandes daños, robos y costas, y riesgos que avía. De manera que estava para çesar el trato, y

comercio de marcaderías de aquellas provincias y España, por aver quedado pobres con lo pasado, y con temor para lo de adelante, y casi imposibilitados. Todo lo qual avía çesado con el nuevo descubrimiento y población del dicho puerto, y de los indios Tequeguas, y se avían conseguido notables bienes en servicio de Dios nuestro Señor, y de su Magestad, y bien de sus súbditos, y de todas aquellas / fol. 9 v / Provincias y Reynos, por orden del dicho Doctor Criado de Castilla, y los buenos medios que para ello avía tenido, en que avía hecho a su Magestad uno de los mayores servicios que se le avían hecho en aquellas partes de las Indias, por ser en bien universal de todas ellas, y de estos Reynos de España. Y quanto a la bondad del dicho puerto, y a las utilidades que se han seguido de su descubrimiento, y población, ay otras diversas informaçiones, de que se hará mençion en su lugar.

El Doctor Criado de Castilla, por autos de ocho de Mayo de [1]603, haze relación que los ingleses y franceses, en diez y siete de Hebrero del dicho año, con quinze velas y mil arcabuzeros, y mosqueteros, avían robado el dicho puerto de Cavallos, y las dos naos que en él estavan cargadas de mercaderías, a cargo del Capitán Juan de Monesterio, de donde con lanchas avían ydo prosiguiendo los daños y robos al Golfo Dulce, y que por no poderse fortificar el dicho puerto, por ser abierto, y bahía, ni aver donde poder cimentar alguna certifiçación (*sic, por fortifiçación*), por ser arenisco, y lleno de agua hasta çerca de la haz de la arena, y por lo mucho que importava remediarlo, avía procurado inquirir, y tratado diversas vezes con el Audiencia y Ayuntamiento de Guatimala, y otras personas prácticas, el que podía tener, y avía mandado abrir por tierra çierto camino, que se avía començado a poblar. Y en conformidad de lo que sobre ello avía acordado, nombró personas que fuesen a ver el dicho puerto de Cavallos, y Golfo Dulçe, por donde se traginavan en fragatas las mercaderías desde el dicho puerto al camino que yva por tierra a Guatimala, y viesen el dicho camino, y si se podía dar / fol. 10 r / algún medio en el remedio de los dichos daños en lo de adelante, y que viesen, descubriesen y sondasen otro puerto llamado Amatique, de que se tenía notiçia, que siendo limpio y hondable, tenía buena disposiçion para le poblar y fortalecer. Y proveyó la orden que se avía de tener en la guarda de los dichos puertos de Cavallos, Golfo Dulçe, Truxillo, y de Honduras, para la custodia de las naos y mercaderías que se esperavan de España aquel año, y embió al Governador de Honduras el despacho que tocava a aquel puerto.

(*Al margen:* Comisión para el descubrimiento del puerto y camino). Hizo junta de treze capitanes prá[c]ticos, con quien comunicó lo que avía dispuesto, y todos los aprobaron. Dio comisión al Capitán don Estevan de Alvarado, para que llevando en su compañía las personas que nombró, y juntando con ellos los pilotos, maestros, capitanes y marineros más prá[c]ticos de las naos que entonçes avían llegado de España, descubriese y sondase el dicho puerto de Amatique, y viese la disposiçion que tenía para su población y fortifiçación, y por dónde se podía romper camino para la comunicaçion de él. Fue a ello el dicho Capitán en seys de Marzo de [mil] seysçientos y quatro, llevando consigo, en conformidad de su comisión, al Capitán Françisco López de Garay,

Diego de Villaviçençio y Hernando Guerra, y con ellos hizo juntar a Diego Mazías, piloto de la nao almiranta que estava surta en el puerto de Cavallos, y a Françisco Navarro, piloto de la Carrera de las Indias, y Antonio Jorge, y Françisco Luys, piloto. (*Al margen*: Sonda y calidad del puerto). Los quales sondaron el dicho puerto de Amatique, así por la canal como por los lados de ella, de parte a parte, y de Norte Sur al Este, Oeste, y hallaron que todo él tenía de quatro braças y media a ocho y más de agua, y más de tres y media a tiro de arcabuz; / fol. 10 v / y que tiene de longitud, desde la entrada hasta el morro para la fortaleza, como una legua de Norte Sur, y de latitud del Este Oeste, legua y media. Vieron el río que entra en el dicho puerto, y subieron por él, y era hondable, y de buena agua dulce. Saltaron en tierra y vieron era buena barrienta de colores, y firme con monte claro, y a una parte manglares, y que era de buen temple, de más frío que calor. Señaló sitio en nombre de su Magestad, para la yglesia, aduana, y población. Hizo hazer cruces en los árboles.

(*Al margen*: Cómo estavan de guerra los indios Tequeguas, e impedían el paso). Y por aver entrado en este puerto día de Santo Tomás de Aquino, le puso [por] nombre Santo Tomás de Castilla. Hizo información con los mismos de todo ello, y la bondad y calidad del puerto, y de la tierra para carga y descarga, y población. Y con españoles e indios hizo otra información sobre la disposición que avía para romper camino desde el dicho puerto de Santo Tomás de Castilla, hasta el camino que yva desde el Golfo Dulçe a Guatimala, de la qual resultó saber que habitavan en aquel paraje y tierra los indios infieles llamados Tequeguas, en quatro poblaciones que andavan de guerra, con arcsos y flechas, y cautivavan los indios christianos, y los llevavan a sus pueblos para que les sirviesen, a cuya causa tenía dificultad el reconoçer y abrir el dicho camino. Dio notiçia de ello al Doctor Criado de Castilla, el qual escribió a estos indios una carta, exortándoles con agradables razones a que fuesen christianos, y vasallos de su Magestad, ofreçiéndoles libertad, y de ayudarles. Y trató con ellos por medio de Antón Jorge, dueño de unas estanças comarcanas a estos indios de la dicha reducción. (*Al margen*: Reducción de los indios Tequeguas). Y dio nueva comisión para ello al dicho don Estevan, y que la asentase con los dichos indios, y los poblase junto al / fol. 11 r / dicho puerto de Santo Tomás de Castilla, y para que descubriese y rompiese el dicho camino. Y con esta comisión, y carta, le embió los demás recaudos neçesarios para la dicha reducción. El dicho Capitán don Estevan de Alvarado, estando en el pueblo de indios reducidos de Amatique, entregó la dicha carta a los caçiques de los dichos indios Tequeguas, que con sus indios vinieron todos de paz en tres de Abril de [1]604, y el dicho Capitán los reçibió en nombre de su Magestad, y los pobló junto al dicho puerto de Santo Tomás de Castilla, y eran 205, de los quales, y del pueblo, tomó la posesión en el dicho nombre.

(*Al margen*: Descubrimiento de camino del puerto). El dicho Capitán don Estevan de Alvarado, llevando en su compañía otras personas, y seys Indios Tequeguas nuevamente reducidos, en doze de Mayo del dicho año (*de 1604*), fue descubriendo y rompiendo el camino desde el dicho puerto de Santo Tomás de Castilla para el que yva del Golfo Dulçe a Guatimala, al qual salieron a

nueve leguas del dicho Golfo Dulçe. (*Al margen*: Población del puerto). El Doctor Criado de Castilla, en 3 de Abril y 21 de Junio del dicho año, mandó poblar el dicho puerto de Santo Tomás de Castilla, y despoblar y desbaratar el de Cavallos, y que se publicase y compeliere al Cabo, Capitán y Maestres de las naos, que aquel año avían de yr de estos Reynos, a que fuesen con ellas a deacargar y tomar carga al dicho puerto de Santo Tomás de Castilla. Pregonóse lo susodicho con la pacificación de los dichos indios Tequeguas, y fue con beneplácito y mucho contento de todos generalmente, y de los vezinos del puerto de Cavallos, que lo consintieron y se transfirieron al de Santo Tomás de Castilla, quedando poblado con todos ellos, y otras personas, yglesia, casas Reales, aduana, bodegas, por su buen / fol. 11 v / temple y bondad, adonde sanaron y convaleçieron los que del puerto de Cavallos fueron enfermos, y quedó despoblado el de Cavallos. Con su comisión requirió el Capitán don Estevan al Capitán Pedro de Yzaguirre, Cabo de las naos que aquel año llegaron cargadas de España al puerto de Cavallos, y a su Almirante, el Capitán Sancho de Meras, los quales se escusavan con dezir y van consignadas las mercaderías de dichas naos al puerto de Cavallos, y para allí aseguradas, y llevavan su instrucción y órdenes para aquella derecha derrota, y descarga, y que sus naos eran de mucho porte, y el puerto no estava reconoçido. Y sin embargo, fueron compelidos a entrar, y tomar carga en el dicho puerto de Santo Tomás de Castilla. (*Al margen*: Otra sonda del puerto). El qual fue a sondar y reconoçer el dicho Almirante con pilotos de las dichas naos, y hallaron el dicho puerto de más fundo y agua que los primeros, y que tenía un baxo al medio de la boca, entre las dos puntas de él, a donde se podía hazer un fuerte, y a cada punta otro, con que quedaría seguro el pueblo y el puerto. El qual era limpio de vasa y lama, y que podían entrar en él qualesquier navíos, y armadas, y el sitio bueno para se poblar y fortificar.

(*Al margen*: Entrada de las primeras naos en el puerto. Calidades del puerto). Entraron estas naos en el dicho puerto de Santo Tomás de Castilla a 16 de Enero de [1]605, y eran cada una de 500 toneladas de porte, y con ellas otro patache y çinco fragatas, que por todas eran nueve velas, y fueron las primeras que entraron en el dicho puerto, y en él pidieron carga y registro, y se mandó pregonar, y pregonó. El dicho Capitán, Pedro de Yzaguirre, Cabo de estas naos, escribió al Acuerdo de la Audiencia de Guatimala [sobre] la bondad y seguridad del dicho puerto de Santo Tomás de Castilla, y que pueden surgir en él las naos en distançia de siete leguas; y la / fol. 12 r / bondad y limpieça del fondo con la dicha vasa y lama, para que de ello avisase a su Magestad, y mandase fuesen a él con registro las naos que llevasen mercaderías a aquellas provinçias. (*Al margen*: Más calidades y bondades del puerto). Y él mismo escribió otra carta al Doctor Criado de Castilla para que avise a su Magestad, que haziendo una fuerça sobre el baxo que estava entre las dos puntas de la boca de aquel puerto, y otro en cada punta, era el mejor puerto que avía en las Indias, y podían estar dentro de él mil naos armadas, y el pueblo seguro, y era negoçio de más consideraçión que el trato de las mercaderías. Los mercaderes de las provinçias de Guatimala, para mover al Capitán Pedro de Yzaguirre, y su Almirante, y al

Capitán Juan de Vergara, que fue por cabo de las naos que fueron a aquellas provincias cargadas el año siguiente de [1]605, a que fuesen con sus mercaderías al dicho puerto de Santo Tomás de Castilla, tomando por su cuenta el riesgo que (*ilegible*) de la bondad y seguridad de dicho puerto, en la conformidad referida. Y lo mismo escribieron otras muchas personas de diversos estados y provincias al Doctor Criado de Castilla, dándole las gracias de averle descubierto y poblado con tantas utilidades, en servicio de Dios y de su Magestad, y bien de sus reynos, y representan los muchos robos que hazían los enemigos en el de Cavallos, y los gastos y costas del Golfo Dulçe, y riesgo y peligros que en él avía de mar y enemigos. Salieron estas primeras naos cargadas del dicho puerto de Santo Tomás de Castilla con buen suceso, en 26 de Mayo de [1]605. Entraron en el dicho puerto las del cargo del Capitán Juan de Vergara a 6 de O[c]tubre del dicho año de [1]605.

(*Al margen:* Informaciones de las calidades y utilidades del puerto y del sitio). Por diversas informaciones, así la secreta como la que se hizo a pedimiento del dicho Fiscal, que quedan referidas, y por otras que se hizieron / fol. 12 v / en la Habana, ante el Governador don Pedro de Valdés, a pedimiento del dicho Capitán Pedro de Yzaguirre, y en Guatimala y puerto de Santo Tomás de Castilla, en que declaran algunos capitanes, pilotos y maestros, mercaderes, marineros, soldados y otras personas, consta que, por orden del dicho Doctor Criado de Castilla se descubrió y pobló el dicho puerto de Santo Tomás de Castilla, y el dicho camino de él. Y se redujeron los dichos indios Tequeguas, y entraron y salieron de las dichas naos en el dicho puerto con próspero suceso, que ha sido negocio de muy gran consideración e importancia al servicio de Dios nuestro Señor, y de su Magestad, y bien universal de aquellos reynos y provincias, y de los de España, por aver tanto tiempo que se procurava, para escusar los grandes y ordinarios robos, y daños, que los enemigos hazían en el de Cavallos y Golfo dulçe, y en aquella costa, y las muchas muertes, enfermedades que en ellos suçedían por su mal temple, y las muchas costas y gastos que se hazían en llevar y traer las mercaderías y plata desde el puerto de Cavallos al Golfo Dulçe en fragatas, con tantos riesgosy peligros, y daños de mar, y de los enemigos. Y que todos los dichos daños e inconvenientes avían cesado con el dicho descubrimiento y población, demás de ser tan capaz el dicho puerto de Santo Tomás de Castilla para la seguridad y amparo de los navíos, flotas y armadas, y tan dispuesto para ello, y con buen temple su población para la salud de los pobladores, y los que allí viniesen en las dichas flotas y armadas, a donde avían sanado y convalecido los que de puerto de Cavallos avían ydo enfermos, y tan buena y dispuesta tierra para los frutos, y así los que eran de la tierra como los de España, para el sustento de los dichos pobladores, y de los que allí fueren, y su matalotaje. / fol. 13 r / Demás de tener muy çerca pueblos de los dichos bastimentos en mucha abundancia, de donde siendo neçesario, pueden ser socorridos, y del pueblo de los dichos indios Tequeguas, que para todo avía sido de muy gran importancia su reducción y población. Y para si su Magestad fuere servido de pasar al dicho puerto de Santo Tomás de Castilla la contratación del Perú, y que de allí se abriese camino por tierra para la comu-

nicaçión de la mar del Sur, que se entendía se podía hazer con buena comodidad, y conseguirse otros buenos efectos.

(Al margen: Victoria del Capitán Juan de Vergara en este puerto. Año de [1]606. Otra insigne victoria del Capitán Pedro de Yzaguirre en este puerto, el año de [1]607). El Presidente Conde de Lemos, por carta de diez de O[c]tubre de [1]605, le agradeçe, en nombre de su Magestad, este serviçio al Doctor Criado de Castilla. Por los testigos de la secreta consta que los enemigos co[r]sarios acometieron, en el dicho puerto de Santo Tomás de Castilla, al dicho Capitán Juan de Vergara, para lo robar las naos que en él tenía cargadas para estos reynos por el año de [1]606, y que se defendió de ellos, y las dichas naos y mercaderías por la bondad del dicho puerto. Por la misma secreta, y por otra informaçión hecha por mandado del Doctor Criado de Castilla en la çiuudad de Truxillo de Honduras, con las personas que se hallaron en la ocasión, consta que estando surtos en el dicho puerto de Santo Tomás de Castilla dos navíos, del cargo del dicho Capitán Pedro de Yzaguirre, que avía ydo por cabo de ellos el año de [1]607, que el uno era de 150 toneladas de porte, y el otro de 100, cargadas para hazer su viaje a estos reynos, en diez y nueve de Março del dicho año de [1]607, al amanecer del dicho día, entraron en el dicho puerto ocho velas, las seys urcas grandes, cada una con 24 [o] 25 piezas gruesas de artillería, y dos pataches con artillería más menuda, y mucha gente de Olanda y Gelandá (*Zelanda*), a robar las dichas naos, y que como el dicho Pedro de Yzaguirre les / fol. 13 v /vio entrar, retiró sus navíos a una caleta, y en la una boca de ella echó a fondo un patache, y en la otra boca prinçipal atravesó una cadena que hizo de cables y vergas. Por que el enemigo no entrase con lanchas, porque ya el dicho Capitán Pedro de Yzaguirre, desde que avía entrado en el dicho puerto, le avía reconoçido, y todas las caletas y sitios fuertes de él, previniendo el caso; y avía sacado la artillería de los navíos, y la plantó en el morro y en las entradas de las caletas, haziendo seys trinche[r]as en las bocas, y retiradas. Y que luego como fue entrando el enemigo, le hizo tirar una pieça, y le encaminó hazia la dicha caleta, y desde los fuertes que tenía en tierra, le batió hasta el caer del sol. Y que la batería de una parte y otra duró ocho días, los çinco primeros con muy gran furia, y los tres con más moderaçión, y que los enemigos estuvieron allí otros tres días más. Y les mató el dicho Capitán Pedro de Yzaguirre mucha gente, y les echó al fondo la urca almiranta enemiga. Y que a cabo de los onze días se fueron, quedando el dicho Capitán Pedro de Yzaguirre con sus naos, gente y mercaderías en el dicho puerto, con solo pérdida de un hombre, y otros quatro heridos, y las naos maltratadas de los valazos, la qual vi[c]toria no le fuera posible conseguir, si no fuera por la bondad del dicho puerto, y sus calidades.

(Al margen: Más calidades por parecer del que descubrió el puerto y camino). Por mandado del Doctor Criado de Castilla, el Capitán Estevan de Albarado, que le descubrió, e hizo poblar, informando de la bondad y sitio del dicho puerto de Santo Tomás de Castilla, dize, que por la una parte del mar, que confina con el dicho puerto, es de riscos tan altos y ásperos, que por ellos no podrán pasar sino las aves. Y lo que confina con el dicho puerto, por el otro

lado, son seys leguas de manglares y pantanos tan cerrados, que es imposible entrar por ellos, demás que por aquella parte no ay vahya (*bahía*) donde saltar en tierra, / fol. 14 r / de manera que haziéndose un fuerte en la parte que dize del dicho puerto, quedará inexpugnable.

Prosiguen los serviçios del dicho Doctor Criado de Castilla por las informaçiones de ofiçio.

Que hizo descubrir, y abrir camino por tierra, con que se comunican las Provinçias de Panamá con Costa Rica, en distançia de más de trezientas leguas.

(Al margen: Restituçión de hazienda Real a las caxas). Que en virtud de cédula, y comisiòn de su Magestad, visitó las caxas reales de aquella provinçia, haziendo restituyr mucha hazienda a su Magestad, que tenían usurpada los ofiçiales reales.

(Al margen: Serviçio de 40.000 reales). Que en el emprestido y serviçio graçioso que se hizo a su Magestad le sirvió con quarenta mil reales, que por ser pobre hizo en ello gran serviçio.

Ay testimonio [de] que el año de seysçientos, en el serviçio graçioso metió en la caxa real diez mil tostons, los seys mil graçiosos, con que sirvió a su Magestad, y los quatro mil prestados.

(Al margen: Suspende la cobrança de su salario por embiarlos). Que muchas vezes suspendió la cobrança de su salario, porque viniese más hazienda a su Magestad. Ay testimonio [de] que en primero de Mayo de seysçientos y nueve no avía cobrado cinquenta y tres mil quinientos y veyntiocho reales de su salario, porque aquel año viniese más plata a su Magestad.

(Al margen: A este fin emprestó 24.000 reales). Que para que Françisco de Mesa pusiese a censo treynta mil pesos en la caxa real, le prestó veynte y quatro mil reales, y puso el dicho censo. Ay testimonio de esto.

(Al margen: Embió siempre más plata que otro ningún Presidente, y descubrió minas). Que se huvo tan diestramente en el despacho de la hazienda real, que no se sabe qué Presidente ninguno de sus antecesores [h]aya jamás embiado tanta hazienda, y por aver descubierta en su tiempo muchas minas, / fol. 14 v / que se van beneficiando en las provinçias de San Salvador y San Miguel.

(Al margen: Su buen proçeder). Que no solamente fue respectado de todos los de aquel Reyno, y de las personas graves, sus súbditos, sino también de los religiosos y saçerdores, por ver la veneraçión que con tratava [a] los ministros de la Iglesia. Y se huvo muy prudentemente con el Obispo don fray Juan Ramírez, sin dexar perder cosa alguna del patronazgo real.

(Al margen: Su prudencia y rectitud). Que todo aquel Reyno le conoçió por hombre sabio y prudente, tan limpio y entero juez que, muchas vezes, enemigos suyos dezían que en el dicho Doctor Criado de Castilla estava muy segura su justiçia, por tenerle por tan recto, que por su mismo hijo no torçiera su justiçia por todo el mundo.

(Al margen: El exemplo de su casa y christiandad). Que su casa eran tan exemplar y recogida, que pareçía un monasterio, y hazía muchas limosnas públicas, y secretas, a pobres vergonçantes.

(*Al margen*: Provisión de encomiendas). Que en las cosas de gobierno procedía tan rectamente como en las de justicia, atendiendo en las provisiones de encomiendas, no a las personas, sino a sus méritos.

(*Al margen*: La buena disposición de tributos vacos). Que si tenía por proveer algún tiempo los indios, era por dos cosas. Para que los gastos que se avían de hazer, de la real hazienda, no se hiziesen, sino que se supliesen de tributos vacos. Y la otra para remediar huérfanas, pobres, beneméritas, y dotar donzellas nobles y pobres que entravan en religión, y para ayudas de costa de personas principales, y neçesitadas.

(*Al margen*: Que era amado generalmente de todos. Que murió pobre, sin tener con qué pagar la dote de su muger). Que era tan amado y estimado, que por su muerte hubo grande y general sentimiento en todas aquellas provincias. Y que murió pobre, dexando a su muger y hijo con mucha neçesidad, de manera que con la hazienda que les quedó no pueden sustentarse. Ay carta / fol. 15 r / del Conde de la Gomera, que le suçedió en el ofiçio, escrita a su Magestad, que dize no alcanzó la hazienda que dexó el Doctor Criado de Castilla a pagar la dote de su muger.

Serviçios del suplicante por las informaçiones de ofiçio.

(*Al margen*: Su proçeder y exerçios, partes y calidad). Por la dicha informaçión de ofiçio consta que, desde que el Doctor Criado de Castilla, su padre, entró en Guatimala, vivió en ella virtuosa y exemplarmente, sin hazer daño a alguna persona, dando siempre buena nota de sí, ocupándose en loables y virtuosos exerçios de los estudios, de las armas y cavallería, procurando con singular atençión el bien de los vezinos, y en particular el de los pobres, sin que le moviese otro interés, más que hazer bien. De manera que, en vida de sus padres, y después de muerto, se hazía e hizo de él la estimaçión que mereçía su persona, como hijo de tal padre. Y así por lo susodicho, como por su llaneza y buen trato, y de la rectitud y cordura con que vivió, y proçedió en la residencia que se le tomó al Doctor Criado de Castilla, su padre, no hubo persona que le pidiese cosa alguna, ni se querellase de él, que ha sido prueba del buen proçeder que siempre tuvo. Antes, en las ocasiones que se ofreçieron del serviçio de su Magestad, en su tiempo, siendo Teniente de Capitán General de aquellas provincias, fue parte con su buen término, que todos acudiesen a lo mismo con mucho ánimo y voluntad, a su imitaçión y exemplo. (*Al margen*: Previno socorros contra los co[r]sarios). Y en particular, para el socorro del puerto de Santo Tomás de Castilla, por los años de [1]606 y [1]607, que los enemigos co[r]sarios entraron en él para robarle, y las naos que allí estavan, previniendo para ello / fol. 15 v / muy luzido socorro, si los enemigos no se fueran, como se fueron huyendo del dicho puerto, con pérdida de una nao y mucha gente, poniendo en todo su interés y particular comodidad, y prefiriendo la estimaçión de servir por su persona. Y que ni él, ni sus asçendientes, no han sido hasta agora gratificados por sus serviçios tan graves y calificados como han hecho. Y que ha celebrado por su persona, y hechos que todos, generalmente en aquellas provincias, celebrasen con fiestas, y regozijos de cañas, sortijas y otras alegrías, la coronaçión del Rey nuestro señor, y naçimientos de sus Altezas, el

Príncipe nuestro señor, y señora Infanta. (*Al margen*: Los méritos y causas de ellos). Y que ha quedado muy pobre por la muerte del dicho su padre, respecto de la limpieça con que vivió, y los grandes gastos que hizo sirviendo en lo referido. Y en consideración de ello, y de los serviçios de sus antepasados, y de la dignidad en que vivieron, y por ser cavallero hijodalgo, y por no aver tenido gratificación de los dichos serviçios, y por ser hijo de un tan grande y exemplar ministro, y de los más antiguos, rectos y limpios que su Magestad ha tenido. Es digno y mereçedor, dizen tres testigos, de una Presidencia y gobierno, todos de un hábito de una de las tres Órdenes militares; y unos ocho mil ducados de renta, otros renta suficiente con que se poder sustentar. Por don Felipe se le dio título sellado de Capitán general de aquellas provincias. Ay testimonio, que en la dicha residencia no se le pidió cosa alguna, civil, ni criminalmente.

(*Al margen*: Lo que él dize). Dize el suplicante, que estando proveydo el dicho su padre por Consejero de este Consejo (*de las Indias*), y viniendo a servir su plaça, y reçibir merçed de los serviçios referidos, murió sin gozarlo, dexándole pobre a él, y a su / fol. 16 r / madre, aviéndole gastado en ellos la mayor parte de la dote de la dicha su madre, y todo su patrimonio. Consta del título de Consejero, y que murió, y no dexó bienes con que pagar la dote de su muger, lo dize el Conde de la Gomera por su carta, como queda referido.

(*Al margen*: Pide). Suplica se le haga merçed, en remuneración de los dichos serviçios, calidad, y neçesidad. Liçenciado José (?) de Castro. (*Rubricado*).

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

HISTORIOGRAFÍA

Estado y perspectivas de la investigación de la Historia del Derecho europeo en Rusia: la Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna

Al comenzar a escribir este artículo para el *Anuario de Historia del Derecho Español*, tuve que hacerme, una vez más, la pregunta de si existe en Rusia una Historia del Derecho europeo medieval como disciplina. Desde el punto de vista formal, a primera vista, parece que sí. Por ejemplo, dentro del período comprendido entre 1991 y 2005, fueron editados más manuales de Historia del Estado y del Derecho que desde el fin de nuestra guerra civil (1920) hasta la desintegración de la URSS en 1991¹. En cada uno de estos manuales hay partes dedicadas

¹ Hasta 1991 contábamos con algunos manuales. En 1947 sobresale la obra colectiva de S. V. YUSHKOV, N. G. DMITRIYEVSKI, I. G. MARTISEVICH y M. V. ZIMELEVA: *Historia general del Estado y del Derecho extranjero*: en 4 vols. Vol. 2. Feudalismo (Moscú, 1947). En 1963, el catedrático de Moscú P. N. GALANZA publicó dos pequeños volúmenes: *El Estado y el Derecho feudal de Alemania* y *El Estado y el Derecho feudal de Francia* (Editorial de la Universidad Estatal de Moscú) que recogen aspectos más parciales de la Historia del Derecho. En ese mismo año 1963, aparece un manual de P. N. GALANZA y otros autores bajo el título *Historia del Estado y del Derecho de los países extranjeros*, vol. 1. (Juridicheskaya Literatura, Moscú). Este mismo autor en colaboración con B. S. GROMAKOVA publicó en 1980 *Historia del Estado y del Derecho de los países extranjeros: El Estado y del Derecho esclavista y feudal* (Juridicheskaya Literatura, Moscú). En 1968, K. G. FEDOROV publicó su *Historia del Estado y del Derecho de los países extranjeros* (Editorial de la Universidad de Rostov del Don) que será reelaborada y reeditada en 1977 (Editorial de la Universidad Estatal de Leningrado). En 1959, publicaba Z. M. CHERNILOVSKI su *Historia del Estado y del Derecho feudal* (Moscú). Este mismo autor publicó en 1973 su *Historia general del Estado y del Derecho extranjero* (Visshaya Shkola, Moscú). El manual será reeditado sucesivamente en años posteriores: 2.ª edición en 1983, 3.ª y 4.ª en 1995 y 5.ª en 2002 (Editoriales Jurista y Prospect, Moscú).

A partir de 1991 se produce también una renovación en el panorama de la manualística en Historia del Derecho extranjero. Entre los manuales voy a mencionar dos volúmenes de la obra

a la historia del Derecho medieval de Alemania, Francia, Inglaterra, India, China y Japón. La mayoría de sus autores son juristas; pero, por más extraño que parezca, son pocos los historiadores que sean auténticos especialistas reconocidos en el campo del Derecho antiguo y medieval europeo. Los nombres de los autores de estos manuales no los encontraremos, salvo casos contados (L. L. Kofanov, V. A. Tomsinov, O. A. Omelchenko, K. Livanzev), entre los participantes de congresos o encuentros científicos de Historia del Derecho medieval europeo, ni tampoco entre los autores de revistas acreditadas en las cuales se llevan a cabo estudios serios y se discutan problemas de nuestro objeto de estudio².

Podemos afirmar sin exageración que actualmente en Rusia, la Historia del Derecho medieval existe por lo general sólo a nivel de manuales, con frecuencia bastante primitivos, y que no son, en la mayoría de los casos, más que réplicas de obras docentes de hace medio siglo. Algunos de estos manuales, reeditados en más de una ocasión, tanto en la URSS como en la Rusia de hoy, no han contribuido a un desarrollo exitoso de la historiografía jurídica, sino que le han causado un daño colosal, habiendo presentado durante largos años vulgares esquemas marxistas o sociologizantes sobre el desarrollo del derecho europeo³. Los autores de algunos manuales hasta ahora consideran que es la

colectiva bajo el título *Historia general del Estado y del Derecho extranjero* de V. A. TOMSINOV, N. G. DMITRIYEVSKI, M. V. ZIMELEVA, S. F. KACHEKYAN y otros (Zertsalo, Moscú); también la obra colectiva de M. A. GRINKO, L. L. KOFANOV, N. A. KRASHENINNIKOVA y otros titulado *Historia del Estado y del Derecho de los países extranjeros* (Norma, Moscú, 2003); el trabajo de S. A. CHIBIRIYAEV, S. G. EVTUSHENKO, E. V. SAFANOV y O. A. BELCHUK bajo el título *Historia del Estado y del Derecho de los países extranjeros* (Bilina, Moscú, 2002); *Historia del Estado y del Derecho de los países extranjeros*, de A. J. RAMAZANOV y A. K. JALIFAeva (Jurista, Moscú, 2004); el manual de N. I. ILJINSKI, *Historia del Estado y del Derecho de los países extranjeros* (Editorial de la literatura oficial y de estudios, Moscú, 2003); el de M. N. PRUDNIKOV bajo el mismo título (Moscú; Rostov del Don, 2003); el de A. I. KOSAREV, *Historia del Estado y del Derecho de los países extranjeros* (Norma, Moscú, 2002); el del profesor de San Petersburgo K. S. LIVANZEV: *Historia del Estado y del Derecho en la Edad Media* (Piter, San Petersburgo, 2003); y, finalmente, el de O. A. OMELCHENKO: *Historia general del Estado y del Derechos extranjeros*: en 2 vols. (Ostozhye, Moscú) que será reeditado sucesivamente en 1999 y 2001.

² Citaremos sólo unos ejemplos. El profesor V. G. GRAFSKI (Moscú) ha dedicado por lo menos la mitad de su manual al desarrollo del Estado y del Derecho en el mundo antiguo, en Grecia y Roma, en la Europa medieval y moderna. Vid. su *Historia General del Estado y del Derecho*, Moscú, 2000. Con todo eso, el autor no especializado en la Historia antigua, ni en la medieval. A él en particular, le pertenecen los trabajos sobre el pensamiento jurídico moderno y el anarquismo. Un ejemplo más. El profesor O. A. ZHIDKOV (Moscú) estudió la legislación de trusts y monopolios en los Estados Unidos. Sin embargo, eso no le impidió que llegara a ser redactor y autor del primer volumen de la obra colectiva *Historia del Estado y del Derecho de los países extranjeros* (en 2 vols., Moscú, 1998), y que escribiera capítulos dedicados al Derecho romano (cap. 13), a las particularidades de la monarquía y del Derecho medieval en toda Europa (cap. 14), y también al Estado y del Derecho en Francia medieval (cap. 16 y cap. 21), el Derecho bizantino (cap. 24) e, incluso, al Derecho musulmán (cap. 30).

³ Me refiero, concretamente, al manual publicado y reeditado por el catedrático de Moscú Z. M. CHERNILOVSKI, vid. nota 1. También podemos mencionar, entre otras, la obra colectiva *Historia general del Estado y de los Derechos extranjeros* (Jurista, Moscú, 1998) de los profesores K. I. BATIR, I. A. ISAEV, Z. M. CHERNILOVSKI y otros autores. El manual será reelaborado y reeditado sucesivamente en años posteriores. En 2003 ha sido publicado 4.^a edición del manual.

Historia general la que debe trabajar con las fuentes, mientras que el propósito principal de los historiadores del derecho no es más que el de «acercar el conocimiento de lo pasado al entendimiento de lo actual, es decir, en un material concreto, basado en los hechos, revelar la naturaleza y la diversidad de formas, tendencias, leyes y valores del estado y derecho (sus ramas, instituciones, conceptos generales)»⁴. O sea, el autor de estas palabras A. I. Kósarev, lejos de sentirse avergonzado, declara que el trabajo de un historiador del derecho no consiste en investigaciones minuciosas, sino en una compilación de textos ajenos. No es extraño, por tanto, que la mayoría de nuestros manuales no sean productos de un proceso de investigación, sino meras compilaciones pseudocientíficas⁵. La raíz de este fenómeno citado, en mi opinión, se encuentra en el proceso que describimos a continuación.

La ciencia histórico-jurídica rusa se formó como disciplina independiente en la segunda mitad del s. XIX, en íntima conjunción con las escuelas científicas alemana y francesa. El gobierno, desde los tiempos del famoso reformador de la legislación rusa M. M. Speranski, y, más concretamente, desde 1829 hasta 1917, realizando su objetivo especial, enviaba al extranjero a los futuros profesores para que pudiesen capacitarse en la docencia en las Universidades y trabajar en los archivos y bibliotecas. Como regla, el período de capacitación duraba de un año y medio hasta dos años y era pagado por el Estado. En realidad, en aquel entonces no existía ninguna frontera científica entre Rusia y Europa Occidental, y la ciencia rusa se desarrollaba en los mismos cauces que el resto de la ciencia europea⁶. Además, en las Facultades de Derecho de las Universidades rusas, los Departamentos de Historia del Derecho eran tradicionalmente fuertes y los estudios de idiomas europeos, antiguos y modernos, estaban a un alto nivel. En el campo de Historia del Derecho en aquella época, no había una división rígida entre lo jurídico y lo histórico.

Después de 1917 el sistema de enseñanza superior y de tradición científica queda destruido. En 1918 los bolcheviques cierran las Facultades de Derecho y de Historia, las cuales sólo volverán a abrirse en los años 30. La posibilidad de viajar al extranjero con fines científicos se interrumpe prácticamente por completo, y para esta época se reduce al mínimo la cantidad de literatura jurídica que llegaba del extranjero. Una parte considerable de los científicos emigró o pereció en los tiempos de guerra civil. Aquéllos que se quedaron en Rusia estaban destrozados, su voluntad doblegada; vivían constantemente bajo observación de la policía secreta NKVD (desde los años 40 del s. XX, KGB). Se les

⁴ A. I. KOSAREV: *Historia de Estado y del Derecho*, cit., p. 10.

⁵ Este autor por lo visto considera que los historiadores generales no deben ni explicar ni comprender sino sólo transcribir documentos para nuevos mesías de la Historia que sustituyeron al Partido Comunista, el cual, en sus tiempos, tuvo el monopolio de interpretar la Historia, utilizando la metodología marxista y conceptos tales como «modo de producción» o «formación social». Ese tipo de ideas no es nada excepcional y refleja, en mi opinión, un fenómeno que podríamos llamarlo puramente ruso o, más exactamente, soviético, y, además, muy difundido, fenómeno que yo llamo «chauvinismo jurídico».

⁶ Me remito a los clásicos trabajos de P. VINOGRADOFF, W. PISCORSKI, ROSTOVZEV.

despedía inevitablemente del trabajo, siendo reemplazados por las personas más jóvenes y leales al régimen comunista, incluso se les exterminaba físicamente durante el período de las represalias estalinistas en los años 30-40. A todo eso se añadía la lucha ideológica contra el cosmopolitismo burgués a finales de los años 40 y principios de los 50. Todo eso tuvo como consecuencia la destrucción y desaparición de la disciplina histórico-jurídica como tal en nuestro país. Los departamentos de Historia del Derecho extranjero en las facultades de Derecho ya no tenían nada en común con sus antecesores de antes de la revolución. Los juristas, en lo fundamental, dejaron de estudiar Historia del Derecho europeo. La calidad científica de sus trabajos que de vez en cuando aparecían en las revistas soviéticas dejaba mucho que desear. Se puede decir, sin la menor exageración, que en el momento actual el estado de cosas no ha cambiado mucho, y los departamentos de Historia del Derecho de las Facultades de Derecho viven absolutamente aislados de los de Historia y Lingüística. Un iushistoriador que domine idiomas europeos antiguos y modernos y que, a la vez, conozca bien Historia europea, en nuestro país no es la regla, sino, más bien, una excepción. El estudio de historia del Derecho europeo medieval en la URSS en gran medida pasó a las manos de los historiadores, es decir, a los Departamentos de Historia General o Medieval.

Por suerte, los medievalistas y otros historiadores han conservado la continuidad de la tradición científica de las generaciones pasadas que, aunque deformada, seguía aplicando altos estándares de calidad. De no ser así, no habrían aparecido nunca muchos trabajos dedicados a la historia de los pueblos europeos y de los estados feudales, al Derecho feudal y señorial, investigaciones de fuentes, traducciones de códigos o textos del Derecho medieval⁷. Sin embargo, los procesos que tenían lugar en nuestra ciencia cuando el régimen comunista, tenían consecuencias negativas, también para los historiadores generales. Por falta de vínculos firmes con la ciencia de Europa Occidental, en las últimas décadas no sólo se formaron brechas, sino auténticos abismos –nos atreveríamos a decir– no importa si se trata de la Historia del Derecho de países enteros o de diversos problemas específicos. Los archivos de Europa Occidental –municipales, monasteriales, regionales y nacionales– se han hecho inaccesibles para nuestros investigadores. Esto en gran medida ha determinado el origen de las fuentes de acceso posible para los investigadores de Historia del Derecho: dependíamos por completo –y seguimos dependiendo plenamente ahora– de las fuentes que se publiquen en Occidente y de cuantas de ellas lleguen –si llegan– a nuestro país. Eso mismo es válido para libros y revistas⁸. Naturalmente, en los últimos años la situación está cambiando, pero, a mi parecer, muy lentamente.

⁷ Vid. sobre el tema mi «Historia del Derecho y Estado medieval en Historiografía rusa contemporánea (Publicaciones y algunas cuestiones de interacción interdisciplinar)» en *Themis. Anuario de Historia del Derecho y de la Jurisprudencia*, 5 (2004), Moscú, pp. 99-167. En lo sucesivo, citaremos este anuario sólo por la abreviación *Themis*. Es ocioso recordar que utilizo el término código en sentido romanista y no en el más técnico acuñado por el liberalismo decimonónico.

⁸ Sólo citaré unos pocos ejemplos. Así, el libro de T. MUÑOZ y ROMERO: *Colección de fueros municipales y cartas-pueblas* llegó a nuestro país ¡sólo en los años 70 del s. xx! Preparando

El dominio de historiadores generales, tanto cualitativo como cuantitativo, en la investigación de temas que no sólo son de interés, sino que representan el campo propio para los historiadores del derecho, en la Rusia contemporánea, nos llama no sólo a una cooperación e interacción estrecha entre todos sino que al mismo tiempo –por más paradójico que parezca– hace evidente la necesidad de una delimitación de los campos de estudio. No se trata sólo de temas y objetos, son aun más importantes el objetivo final y la metodología del análisis científico⁹. Cualquier fuente u institución político-administrativa, para historiadores generales, es, en primer lugar, fuente de conocimiento de los fenómenos más generales de la historia socio-económica, política o cultural. Es decir, ellos se preocupan de los fenómenos jurídicos más en su esencia que en su manifestación técnica y normativa, mientras que para los historiadores del Derecho, una investigación, por ejemplo, de un fuero municipal o de las Cortes es un objetivo propio en sí mismo. En cualquier caso un análisis de fuentes ha de ser precedido por un análisis de los elementos de Derecho, que permita evitar imprecisiones terminológicas o inexactitudes. En caso contrario, las investigaciones realizadas por los historiadores generales, pueden quedarse, por más lamentable que sea, inútiles para los historiadores juristas.

Por otro lado, es evidente que por ahora nos quedamos cortos en relación con nuestros colegas extranjeros en el planteamiento y solución de los problemas más globales de la metodología de la ciencia, aunque la necesidad de reflexionar acerca del concepto, objeto y método de las ciencias históricas y jurídicas se percibía por la comunidad científica rusa ya desde los años 90 del s. xx. Sin embargo, los pocos trabajos que han sido publicados en la última década, no tienen carácter analítico, sino que sólo *exponen* concepciones de unas escuelas o corrientes historiográficas tanto de Rusia como del extranjero¹⁰, que no bastan para resolver, o ni tan siquiera para plantear con suficiencia, problemas verdaderamente sustantivos en dicho ámbito. En suma, la crisis de la historiografía marxista en Rusia no ha provocado todavía discusiones amplias sobre unos modelos

la edición de los fueros de Cuenca y Sepúlveda, tropecé con el hecho de que en Rusia falta más de la mitad de los números del *Anuario de Historia del Derecho Español, Anuario de Estudios Medievales e Historia. Instituciones. Documentos* (faltan números desde 1980). En lo que se refiere a *Studia Historica, Celtiberia, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Boletín de la Real Academia de Historia, Estudios Segovianos, Cuadernos Abulenses, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Revista Portuguesa de Historia, Estudios medievales españoles (Madrid), Revista de Estudios de la vida local*, etc., nuestras bibliotecas en general carecen de estas revistas y cuadernos.

⁹ El problema de la mencionada delimitación, según parece, acaba de formularse en Rusia por el profesor O. A. OMELCHENKO. *Vid.* al respecto su «Prefacio», en *Themis* (5), 2004, pp. 5-7.

¹⁰ Me refiero a dos artículos de la profesora T. E. NOVITSKAYA (Dep. de Historia del Derecho de la Universidad Estatal de Moscú): «Cuestiones de metodología de la Historia del Estado y del Derecho» en *Boletín de la Universidad Estatal de Moscú*, serie 11, Derecho (1) 1997, pp. 3 ss. En lo sucesivo, citaremos esta revista sólo por la abreviación *BUEM*. *Vid.* también su «Algunos problemas de la metodología de investigación del Estado y del Derecho» en *BUEM* (3) 2003, pp. 75-104. *Vid.* también K. B. BAJMUTSKAYA: «Sobre la enfoque de civilización en una investigación de la Historia del Estado y del Derecho», en *BUEM* (3) 1994, pp. 86 ss.

nuevos o referentes teóricos que posibiliten como resultado el nacimiento de nuevos movimientos historiográficos o nuevos paradigmas histórico-jurídicos.

Antes de pasar a comentar las corrientes, teorías o escuelas en la historiografía nacional rusa, me referiré brevemente a las revistas especializadas a través de cuyas páginas los historiadores generales e iushistoriadores aportan o deben aportar trabajos vinculados a nuestra especialidad. Las principales revistas especializadas de la URSS y, hoy en día, de Rusia eran y son *Estado y Derecho soviético* (actualmente, *Estado y Derecho*) y *Jurisprudencia. Boletín de las Escuelas Superiores*. La primera, fundada en 1927, se edita todos los meses en Moscú por el Instituto de Estado y de Derecho de la Academia de Ciencias de Rusia, la otra fue fundada en 1957 y se edita por la facultad de Derecho de la Universidad Estatal de San Petersburgo, con carácter bimensual. Desgraciadamente, ninguna de las dos ha llegado a convertirse en un hito de la investigación en Historia del Derecho medieval. De vez en cuando en estas revistas han publicado artículos notas y reseñas, vinculadas a nuestra disciplina, sin embargo, su calidad en la mayoría de los casos es bastante baja. Por ejemplo, desde 1990 a 2004 en *Estado y Derecho* han sido publicados no más de diez trabajos, dedicados a la Historia del Derecho en el mundo antiguo y medieval. Durante los cuarenta y ocho años de vida de *Jurisprudencia*, sólo podemos mencionar dieciséis artículos y catorce notas y reseñas de manuales o ediciones de los códigos medievales europeos cuyos temas ofrezcan algún interés para el Derecho medieval.

La mayoría abrumadora de la producción historiográfica ha quedado y queda, por lo tanto, al margen de las páginas de las revistas citadas acompañadas ahora por otras revistas especializadas como *Ius Antiquum*, *La Edad Media*, *Themis. Anuario de Historia del Derecho y de la Jurisprudencia*.

Ius Antiquum es uno de los fenómenos más notables del panorama historiográfico contemporáneo. Se edita en Moscú con una periodicidad de dos números al año, y ya han aparecido once números¹¹, estando en preparación los números 12 y 13. Es la revista histórico-jurídica nacional fruto de la actividad del *Centrum Iuris Romani Investigandi*, de la Universidad Estatal de Moscú y del Instituto de la Historia General de la Academia de Ciencias de Rusia (Moscú). El Derecho romano y la recepción del Derecho romano son temas dominantes en el *Ius Antiquum*. En la revista no sólo se publican artículos de los historiadores rusos, sino también de extranjeros: italianos, españoles¹²,

¹¹ También existe una versión en Internet en la internet-revista de la Universidad de la ciudad de Sassari (Italia): <http://www.dirittoestoria.it/>

¹² *Vid.*, por ejemplo, M. GARCÍA GARRIDO (Madrid): «Nuove ricerche sulle opere giurisprudenziali romane: *Similitudines Digestorum*», en *Ius Antiquum*, 4 (1999) y su «Similitudines e l'interpretazione giuridica di un caso della compra-vendita *a non domino* del terreno altrui», en *Ius Antiquum*, 6 (2000). También M. del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ (Madrid): «A propósito de D.17.1.22.10 (*Paul.L.XXXII Ad ed.*) en relación con el *curator bonorum*», en *Ius Antiquum*, 5 (1999); E. QUINTANA ORIVE (Madrid): «La recensione sul libro di A. AGUDO RUIZ: *Abogacía y abogados. Un estudio histórico-jurídico, Prólogo de A. FERNÁNDEZ DE BUJAN*», Universidad de La Rioja-Egido Editorial, 1997, 287 pp., en *Ius Antiquum*, 7 (2000); E. OSABA (Bilbao): «Observaciones sobre la *calumnia* en la *lex Visigothorum*», en *Ius Antiquum*, 9 (2001).

polacos con el fin de que los historiadores rusos puedan conocer mejor los logros de la ciencia occidental. Al mismo tiempo, el hecho de publicar los trabajos en una misma revista permite a los investigadores rusos y occidentales establecer contactos científicos más estrechos y fructíferos. Con el fin de introducir en el mundo de la ciencia rusa la mayor cantidad posible de fuentes del Derecho romano y su recepción, en cada número se publican obras nuevas, no publicadas con anterioridad, de juristas antiguos. Investigaciones sobre el derecho del Medioevo, reseñas y notas aparecen permanentemente en las secciones *Diritto romano in Occidente* y *Attività scientifica*. Hay que notar que el director en jefe de la revista es L. L. Kofanov, un prestigioso historiador.

Themis. Anuario de Historia del Derecho y de la Jurisprudencia es una publicación de periodicidad anual, de carácter interdisciplinar, que publica trabajos originales de investigación relativos tanto a nuestra disciplina como a otras áreas de conocimiento del derecho. Este anuario se edita en Moscú desde 2000 y hasta ahora han sido publicados ya cinco volúmenes, cuatro de los cuales se han dedicado a problemas histórico-jurídicos especiales, o sea, cada número trata de manera monográfica un tema especial¹³. Las páginas de *Themis* se dedican a las tradiciones europeas de Historia del Derecho tanto en la Edad Media, como en la época moderna. En *Themis* se publican investigaciones en Historia del Derecho no sólo de profesores universitarios –los investigadores de mayor prestigio en esta esfera– sino también obras de los autores menos conocidos, traducciones al ruso de los textos romanos importantes para la historia de la ciencia jurídica o trabajos de juristas europeos de los ss. XVIII a XX, tales como Gaetano Filangieri, F. K. Savigny, Franz Wieacker y otros. Han sido publicados, además, unos cuantos artículos de los investigadores contemporáneos de Inglaterra, Escocia, Holanda. El editor del anuario y su redactor es el profesor O. A. Omelchenko, catedrático de la Facultad del Derecho de la Universidad Industrial Estatal de Moscú.

Los artículos, ensayos, notas y reseñas publicados en *Themis* no se limitan a una única concepción o escuela. Cada uno de los autores sigue los más diversos enfoques de la Historia del Derecho exponiendo el estado de cuestión o algunos aspectos relevantes sobre el tema de su especialidad. Los criterios principales son: el alto valor científico, el restablecimiento de las tradiciones de historiografía clásica jurídica, así como la utilidad práctica para quienes se dedican a estudiar ciencias histórico-jurídicas en las Universidades. *Ius aequum et bonum aeternum est* –éste es el lema de *Themis*–. Únicamente investigaciones basadas en el sociologismo y marxismo vulgar no encontrarán sitio en las páginas del anuario.

Mención aparte hay que hacer de *La Edad Media*, un anuario que se está publicando desde 1942 por el Instituto de Historia General de la Academia de Ciencias de Rusia. Para 2004, ya han aparecido sesenta y cuatro volúmenes. A través de las páginas de la revista en toda su historia ha quedado condensada

¹³ *Themis* (2) 2001, Historia de las categorías del Derecho; (3) 2002, Codificación y cultura jurídica en la Historia; (4), 2003, Derecho penal y política penal en el s. XVIII; (5), 2004, Historia del pensamiento jurídico e Historiografía del Derecho.

una parte importantísima de la historiografía en historia de la sociedad, de la vida política y de las instituciones europeas medievales. También hay que destacar en los últimos años el creciente interés de *La Edad Media* por diversas parcelas del derecho feudal, señorial, municipal y real. Es muy significativo que durante mucho tiempo O. I. Variash, investigadora del Portugal medieval, del reino asturleonés y el reino de Castilla, fuera secretaria de esta revista. Hecho curioso: ¡ni uno sólo de los iushistoriadores contemporáneos y autores de los manuales de las Historias generales del Estado y derechos extranjeros ha publicado sus artículos en esta revista!

La editorial *Jurista* de Moscú lleva cinco años editando, con periodicidad mensual, una revista dedicada, desde el punto de vista formal, a la Historia del Estado y del Derecho. A pesar de que la redacción de la revista está compuesta por conocidos iushistoriadores de Moscú y San Petersburgo, el nivel científico de las publicaciones sólo puede provocar lástima. Tampoco podríamos encontrar en la revista trabajos serios en Historia del Derecho europeo medieval, lo que nos puede confirmar una vez más que los juristas, en el momento actual, todavía se encuentran al margen del proceso renovador en el campo histórico.

Finalmente, entre las revistas que se editan en las Universidades, deberíamos citar el *Boletín de la Universidad Estatal de Moscú*, serie 11, Derecho (*BUEM*). En él a veces podemos encontrar publicaciones dedicadas a la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna, pero en los últimos 15-20 números han aparecido muy pocas. El *BUEM*, probablemente, es una de las pocas revistas jurídicas que plantea y resuelve con un alto nivel problemas de interés tanto para los historiadores generales, como para los historiadores del Derecho.

La corriente historiográfica con el resumen de la cual seguiré describiendo el estado actual de nuestra disciplina, sería imposible pasarla por alto a causa de, según espero, un interés especial por parte de mis colegas españoles. Se trata, indudablemente, de los estudios de la sociedad, el derecho y las instituciones político-administrativas de España en la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna. Si tomamos esta corriente como ejemplo, se nota perfectamente bien el proceso de traslado del interés científico de los historiadores de los problemas de Historia general a la Historia del Derecho. La generación que vino a la ciencia en los años 90 del s. xx, actualmente está estudiando, por lo general, cuestiones ya estrictamente jurídicas. Deberíamos hacer una mención especial de la Historia de España que se estudia en Rusia; es una tradición que existe desde hace más de cien años.

El maestro de muchos investigadores de la Historia de España, cuyos trabajos indudablemente ocupan un lugar notable en la historiografía contemporánea (me refiero, concretamente, a O. I. Variash, S. T. Minakov, S. D. Chervonov, al igual que I. S. Filippov, especialista en la Francia medieval) –fue el famoso historiador A. R. Korsunski–. Trabajó durante veinte años en el Departamento de la Edad Media de la Universidad Lomonosov de Moscú, dedicándose fundamentalmente a los problemas de la formación de los reinos bárbaros en Europa Occidental. Además, se dedicó a la España visigoda y, más tarde, a la Historia de España, ss. IX-XIII. A. R. Korsunski, fue alumno de N. G. Grazianski, cono-

cido por su obra «La aldea de Borgoña en los ss. X-XI» (Moscú, 1935) quien, a su vez, en su época estudiantil, trabajó bajo la dirección del famoso historiador ruso W. K. Piscorski (1867-1910)¹⁴. N. G. Grazianski, aunque más tarde no volvió a dedicarse a la Historia de España, gracias a su gran maestro conservó el interés hacia este país y supo transmitirlo a A. R. Korsunski, y éste, a su vez, a sus discípulos. Creo que precisamente la continuidad científica de las generaciones en gran medida no sólo mantenía en los historiadores de Rusia interés permanente por los temas españoles, sino también les permite estudiar hoy en día con libertad suficiente problemas histórico-jurídicos.

A A. R. Korsunski le pertenecen dos libros dedicados a la Historia de España: *La España visigoda* (Moscú, 1969) e *Historia de España durante los ss. IX-XIII (relaciones sociales y económicas y el régimen político de los reinos asturleonés y castellano-leonés)* (Moscú, 1976). Hasta hoy día, su *Historia de España* es el único manual, en el que las cuestiones del derecho de León y Castilla han ocupado un lugar autónomo. El investigador ha estudiado el beneficio, el vasallaje, la inmunidad y la encomienda, la formación de las clases de los propietarios libres de la tierra a lo largo de la Reconquista. También analizó las peculiaridades de la formación de las ciudades, y su organización administrativa y judicial y las relaciones entre el poder real y las ciudades. Igualmente ha prestado su atención a una institución tan específica como la behetría. Por último hay capítulos en su manual que están dedicados a las instituciones político-administrativas de la Alta y Baja Edad Media y, también, a las Cortes.

El historiador S. V. Friazinov, todavía a principios de los años 60 del s. XX, fue el primero entre los investigadores rusos que se encargó del análisis de las cartas pueblas y fueros breves¹⁵. Investigó también la aparición y el desarrollo de los derechos del propietario, al igual que los derechos de propiedad de la tierra (no olvidemos que ésta era la cuestión clave para aquel período) de los monasterios de San Salvador de Oña y de San Toribio fundamentalmente¹⁶. El único trabajo –hasta el momento actual– dedicado a la propiedad de la tierra, a la propiedad feudal en Cataluña, pertenece a L. T. Milskaya. En su monografía la autora ha estudiado la estructura de la propiedad feudal, el precario, la enfiteusis, la tenencia *ad medium plantum* y el alodio¹⁷. L. T. Milskaya y O. I. Va-

¹⁴ Vid. al respecto L. T. MILSKAYA, O. I. VARIASH: «A. R. Korsunski como un medievalista», en *La Edad Media* (46) 1983, pp. 275-290. Vid. también N. P. Grazianski, T. E. EGOROVA «Hacia el centésimo aniversario del nacimiento de N. P. Grazianski (1886-1945)», en *La Edad Media* (51) 1988, pp. 309 y 310.

¹⁵ S. V. FRIAZINOV: «Materiales para una investigación de los fueros y cartas pueblas de España», en *La Edad Media* (22) 1962, pp. 159-179.

¹⁶ *Idem*, «La propiedad agraria feudal y economía de S. Toribio de Liébana en el s. XI-principios del s. XIV», en *Problemas sociales y económicos de Historia de España*, Moscú, 1965; *Idem*, «La propiedad agraria feudal y economía del monasterio castellano de S. Salvador de Oña en los siglos XI-XIII», en *Memorias científicas de la Universidad de Gorki*, vol. 67, 1965, Gorki, 1965 y vol. 109, 1971, Gorki, 1971; *Idem*, «La lucha feudal por las tierras en los dominios del monasterio de S. Salvador de Oña», en *Memorias científicas de la Universidad de Gorki*, 1968, vol. 88, parte 2, Gorki, 1968.

¹⁷ L. T. MILSKAYA: *Ensayos sobre la historia de la aldea en Cataluña en los ss. X a XI*, Moscú, 1962.

riash estudiaron la actividad de los señores laicos y, también, la situación jurídica de la población aldeana en Asturias y León¹⁸. I. S. Pichuguina ha aportado un estudio sobre la behetría¹⁹.

El origen de las Hermandades castellanas y su evolución histórica, inicios del Estado moderno y el sistema de la monarquía absoluta, todo eso fue estudiado por N. P. Denisenko quien es, por cierto, el único investigador ruso que se ha dedicado precisamente a la génesis y los caracteres del Estado absolutista en la Castilla bajomedieval y de comienzos de la Edad Moderna²⁰. Este mismo historiador fue el primero en abordar el tema de la formación de las Audiencias del Consejo Real, las cuales desde los años 80 del s. xv se encuentran permanentemente en Valladolid²¹.

A fines de los años 70 y principios de los 80 del s. xx, el historiador S. D. Chervonov fue el primero entre los historiadores de Rusia que expuso el estado de la cuestión sobre los fueros extensos de la familia de Cuenca-Teruel en la historiografía española y extranjera, además, dedicó su tesis a la estructura jurídico-política de los concejos medievales extremeños y transerranos y, también, a los conflictos jurisdiccionales²². S. D. Chervonov subrayó que el texto latino del Fuero de Cuenca es un conjunto de normas del Derecho consuetudinario castellano que reflejan la realidad cotidiana de la vida de la comunidad local²³. En su opinión, el fuero de Cuenca favorece al investigador en el sentido de que el texto está generalizado, aunque no hasta tal punto que sus normas puedan convertirse en un esquema abstracto²⁴. El amplio apéndice de su tesis contiene una tabla de concordancias textuales de los códigos de la familia de Cuenca. En una palabra, S. D. Chervonov ha creado una base seria para los futuros estudios especializados de los códigos municipales de la España medieval y de los problemas del derecho castellano medieval en general. Si ahora tenemos posibilidad de tra-

¹⁸ *Idem*, «Sobre el problema del carácter de la propiedad agraria en Asturias en los ss. ix-xii» en *La Edad Media* (30) 1967; O. I. VARIASH: «Repoblación y el campesinado en León y Castilla en los ss. ix-xi», en *Problemas de la Historia española*, Moscú, 1979, pp. 322-333; *Eadem*, «El problema de la formación del campesinado dependiente en España en los ss. viii-xi (según documentación de León y Castilla)», Tesis, Moscú, 1979; *Idem*, «El campesinado en las regiones pirenaicas en los ss. xi-xiii», en *Historia del campesinado de Europa. La época feudal*, vol. 2, Moscú, 1986, pp. 154-167.

¹⁹ *Vid.* I. S. PICHUGINA: «Para una historia de las behetrías medievales en Castilla», en *Problemas sociales y económicos de historia de España*, Moscú, 1965, pp. 104-123; *Idem*, «Rasgos de la Reconquista en Castilla en los ss. xiii-xiv», en *Problemas de Historia española*, cit., pp. 334-340.

²⁰ N. P. DENISENKO: «Las Hermandades Generales en los siglos xiii-xv» (la estructura social y el papel en la centralización), en *Poder y cultura política en la Europa medieval*, parte 1, Moscú, 1992; *Idem*, «La monarquía española en el último cuarto del siglo xv—comienzos del s. xvi», Ivanovo, 1991.

²¹ *Ibidem*, pp. 48-59.

²² *Vid.* S. D. CHERVONOV: *Ciudades de la España Central en los siglos xii-xiii (según sus fueros)*, tesis, Moscú, 1982; *Idem*, «Sobre el fundamento jurídico de las relaciones de las ciudades castellanas y el poder real en la frontera de los ss. xii y xiii», en *La vida urbana en la Europa medieval*, Moscú, 1987, pp. 157-179.

²³ *Idem*, *Ciudades de la España Central*, cit., pp. 27-28 y 33.

²⁴ *Ibidem*, p. 33.

bajar con muchos textos de los fueros extensos aunque sean fotocopias, es, fundamentalmente, gracias a él, el cual, utilizando el intercambio bibliotecario internacional a través de la Biblioteca Lenin de Moscú, solicitaba libros y copias de los códigos de los que carecían las bibliotecas de nuestro país.

El historiador O. V. Aurov (discípulo de O. I. Variash), habiendo estudiado municipios tales como Cuéllar y Sepúlveda, llega a la conclusión (muy discutible) de que el concejo castellano medieval actuaba como un elemento de la articulación del poder real y que en realidad no tenía autonomía judicial ni administrativa propias²⁵. En mi tesis combatí la teoría de este autor sobre el papel de las ciudades de Extremadura en el sistema político-administrativo del reino de Castilla²⁶. También hay que mencionar un trabajo suyo muy interesante, en el cual analizó los principios feudales del sistema de la administración local en Castilla en los ss. XIII-XIV a nivel de las relaciones entre el rey y el «señor de la ciudad» y, además, entre este último y el concejo²⁷. En los últimos años el investigador ha mostrado gran interés no sólo por los problemas del derecho castellano medieval²⁸, sino también por los del reino visigodo y asturleonés²⁹.

En mi trabajo, por primera vez en la historiografía rusa, he analizado diversos tipos de codificación en la Castilla medieval: el derecho municipal (el Fuero de Cuenca de 1189 y el Fuero de Sepúlveda de 1300), el derecho territorial (el Fuero Viejo de Castilla, s. XIII-1356) y el derecho real (el Fuero Real de 1254). Dirigiendo mi atención a los aspectos jurídico-técnicos que antes no habían sido investigados en absoluto por los historiadores rusos, destacué los rasgos característicos que distinguen uno y otro texto³⁰. También examiné los

²⁵ O. V. AUROV: «La comunidad territorial medieval de la Extremadura castellano-leonesa (sobre un mito historiográfico)», en *Cuestiones de la historia social y cultural de la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna*, dir. por G. O. LEBEDEVVA, San Petersburgo, 1996, pp. 117-130. En 2000 defendió la tesis titulada *Ciudad y caballeros villanos en la Extremadura castellana en los ss. XIII y XIV (según fuero y diplomas de Sepúlveda y Cuellar)*, Moscú, 2000.

²⁶ Envío a mi tesis *Municipio de la España Central desde el siglo XI hasta comienzos del s. XIV* (Un estudio histórico-jurídico), Ivanovo, 1999.

²⁷ O. V. AUROV: «La comunidad territorial castellana (concejo) en el sistema del poder feudal: aspectos jurídicos y sacrales», en *Poder, derecho, religión: correlación de lo laico y lo sagrado en el mundo medieval*, dir. por N. A. SELUNSKAYA, Moscú, 2001, pp. 177-221.

²⁸ *Vid.*, por ejemplo, su «Eas bona fide...sic terminauimus»: normas del derecho romano en la vida de los clérigos parroquiales en Castilla al principio del s. XIII, en *Forum Romanum*. Memorias leídas en el III Congreso internacional «El Derecho romano privado: la experiencia multiseccular del desarrollo del derecho europeo», Yaroslavl Moscú, 25-30 junio de 2003, Moscú, 2003, pp. 150-155.

²⁹ *Vid.* su «Termini giuridici romani pactum e placitum nella pratica giuridica del regno d' Asture e Leone (VIII-XI ss.)» en *Ius Antiquum* (11), 2003, pp. 94-102, y también su recensión de E. G. OSABA: El adulterio uxorio en la *Lex Visigothorum*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 294, en *Ius Antiquum* (11), 2003, pp. 211-214. *Vid.* también su «Innexas capillis ejus manus tenentes...»: sobre el papel del signo de la barba y cabellos en la simbología del derecho castellano medieval, en *Discurso* (8-9) Moscú, 2000, pp. 207-218, y «Alzó la mano, a la barba se tomó»: De la historia de la simbología del derecho castellano medieval», en *Centaurus. Studia classica et mediaevalia* (1) 2004, Moscú, pp. 125-160.

³⁰ G. V. SAVENCO: «Códigos españoles medievales en los siglos XII-XIV: El reino de Castilla (Ensayos sobre la técnica legislativa y jurídica) [El Fuero de Cuenca, el Fuero de Sepúlveda, el Fuero Real, el Fuero Viejo de Castilla]», en *Themis* (3) 2002, pp. 24-48.

medios utilizados para atribuir a las prescripciones y normas carácter imperativo, el papel de las definiciones, los medios de remisiones al texto para una organización razonable de las prescripciones, ficciones y presunciones (en el Fuero Real). En el ensayo dedicado al derecho territorial se subraya el elemento casuístico en los artículos del Fuero Viejo que nos hace recordar con frecuencia una narración libre. Además, se analizan el grado y la profundidad con que los redactores han modificado los precedentes judiciales que sirvieron de base para algunos artículos.

O. I. Variash es conocida entre los historiadores rusos por su interés hacia Portugal. Su aporte a los estudios de problemas del Estado y del Derecho de este país es tan considerable que merece ser en el futuro objeto de un estudio especial. Continuando el interés tradicional de los historiadores hacia la propiedad agraria en la Edad Media, ha analizado aspectos particulares de la propiedad agraria feudal en Portugal apoyándose en cartas, privilegios reales y contratos de compraventa de tierras³¹. Además, de sumo interés para la autora eran el régimen jurídico de las tierras que pasaban a los donatarios.

O. I. Variash fue también la primera historiadora que aportó un estudio sobre la historia de los concejos portugueses que, tipológicamente, se desarrollaban en el mismo cauce que los castellanos. Por primera vez en sus trabajos cobran valor propio los problemas del derecho municipal de Portugal³². Para describir la noción «fuera de la ley» y su evolución, utilizó fueros de la familia de Salamanca y Évora, otorgados a finales del s. XII –comienzos del s. XIII³³.

Además, eran de interés para la investigadora otros problemas de la vida jurídica de Portugal, por ejemplo, la terminología del derecho medieval. Para analizar términos como «ley», «derecho» y «costumbre» en el Derecho portugués, utilizó los ordenamientos de las Cortes de los años 1325, 1331 y 1352³⁴. En su artículo sobre los cambios en la legislación en Portugal, la autora señaló que el reinado de los reyes Dinis (1261-1325) y Afonso IV (1290-1357) fue, la época de la recepción del derecho romano en Portugal. Esto significaba que el proceso judicial tenía que reformarse de acuerdo con las leyes de los años 1314, 1330 y 1352 lo que requirió una activa penetración de conocedores del Derecho romano en los tribunales municipales³⁵. Además de todo esto fue la primera en abordar el tema de las orígenes de las Cortes portuguesas³⁶. Tam-

³¹ O. I. VARIASH: «La propiedad agraria feudal y el poder real en Portugal», en *La Edad Media* (51) 1988, pp. 23-34. En su obra manejó diplomas portugueses de la obra *Documentos medievais portugueses: Documentos regios*. Lisboa, 1958-1962, vols. 1-2.

³² *Idem*, «Forales portugueses como fuentes del pensamiento jurídico», en *Cultura y pensamiento público*, Moscú, 1988, pp. 109-116.

³³ *Idem*, «La noción de “fuera de la ley” y su evolución en Portugal en los ss. XII-XIII», en VARIASH O. I. (eds.): *Derecho en el mundo medieval europeo*, vol. 2/3, Aleteya, San Petersburgo, 2001, p. 309.

³⁴ *Idem*, «Las nociones de “ley”, “derecho” y “costumbre” en Portugal en el s. XIV», en VARIASH O. I. (eds.): *Derecho en el mundo medieval europeo*, vol. 1, Moscú, 1996, pp. 66-75.

³⁵ *Idem*, «Transformaciones en el derecho procesal en Portugal en el s. XIV», *Derecho en el mundo medieval europeo*, cit., vol. 2/3, pp. 48-57.

³⁶ *Idem*, «Los inicios de las cortes portuguesas», en *La Edad Media* (58), 1995, pp. 39-48.

bién hizo un intento para determinar el papel de la denuncia como móvil para iniciar una pesquisa en la legislación real tanto portuguesa como castellana. La denuncia procedente de la tradición romana y conservada en el Derecho canónico, fue recogida en «Las Siete Partidas» de Alfonso X. En el fondo de la formación del Derecho común la denuncia se ve como un medio destructivo de los lazos entre grupos horizontales tradicionales a favor de las relaciones de soberano-súbdito³⁷. Entre otros temas que también han sido estudiados por O. I. Variash se encuentra el estado jurídico de las minorías en el reino de Portugal, en particular, de los judíos. Utilizó el código *Livro das leis e posturas* (ss. XIII-XIV), en el cual más de veinte disposiciones están dedicadas específicamente a los judíos³⁸.

El derecho de las minorías en el reino de Aragón es objeto de estudio para I. I. Shilova-Variash. En su tesis y monografía por primera vez en Rusia, empezó a investigar un tema desconocido por los instructoriadores: el mundo jurídico de los mudéjares³⁹. La monografía (que es, en realidad, una tesis) se basa en 841 diplomas de los ss. XIII a XV que salieron de la cancillería real refiriéndose a la historia de los mudéjares en el reino de Aragón y en el «*Llibre de la Çuna e Xara dels moros*», código de los moros de Valencia. La investigadora destaca un fenómeno curioso: la modificación del derecho musulmán por el derecho de los vencedores. La renovación se efectuó reconsiderando los elementos del sistema donde se aborda la esencia religiosa de lo jurídico desde el punto de vista del derecho secularizado occidental. Eso no podía dejar de comunicar un matiz diferente al derecho reconsiderado: la *sharia* se comprendía como el derecho escrito, mientras que la *sunna* se percibía como el Derecho común⁴⁰. El poder real aprovechaba de una manera activa tanto uno como otro. Dejando funcionar los juicios musulmanes y el derecho islámico, la monarquía se salvaba de la necesidad de investigar las causas intermudéjares, por una parte, y por otra, fortalecía su propia autoridad, confirmando los viejos privilegios⁴¹. A todo esto he de añadir otros trabajos de I. I. Shilova-Variash en los cuales analizó distintos aspectos del estado jurídico de la población musulmana en el reino de Aragón⁴².

³⁷ *Idem*, «La denuncia y su papel social en la época de la Recepción según la legislación pirenaica en los ss. XIII a XIV», en *Derecho en el mundo medieval europeo*, cit., vol. 2/3, pp. 210-218.

³⁸ *Idem*, «Los judíos en la legislación portuguesa en los ss. XIII-XIV», en *La Edad Media* (57), 1994.

³⁹ I. I. SHILOVA-VARIASH: *El espacio jurídico del Islam en la España cristiana en los ss. XIII-XV*, Moscú, 2001.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 89.

⁴¹ *Ibidem*, p. 98.

⁴² *Vid.* I. I. SHILOVA-VARIASH: «Los mudéjares en Aragón en los ss. XIV-XV. Algunos aspectos de la práctica judicial», en *El Derecho en el mundo medieval europeo*, cit., vol. 2/3, pp. 77-89; *Idem*, «La deposición ante la justicia aragonesa en el s. XIV», *Derecho en el mundo medieval europeo*, cit., vol. 2/3, pp. 231-239; *Idem*, «La experiencia de los musulmanes pirenaicos: fuera de la ley pero dentro la sociedad», *Derecho en el mundo medieval europeo*, cit., vol. 2/3, pp. 319-324; *Idem*, «The saracens ask a Lord King humbly», en *Adam and Eve. Gender History Review*, 1 (2001), Moscú, pp. 129-147.

Entre otros temas que también han sido estudiados por la hispanística rusa en los últimos años se encuentra el del estado jurídico de la población mozárabe durante los ss. XI-XIII por G. Popova, discípula de O. I. Variash, que abordó el tema de los mozárabes de Toledo y la tradición notarial en esta comunidad como un medio de preservar su identidad hasta mediados del s. XIII. La estudiosa se ha basado sobre fuentes no sólo en romance, sino también en lengua árabe⁴³.

Tampoco podemos perder de vista las traducciones al ruso de los textos legales medievales, es una parte importante de los estudios hispánicos. Podemos encontrar publicaciones de fuentes más diversas. S. D. Chervonov, V. A. Kuchumov, O. I. Variash, por ejemplo, publicaron cartas de 1137, 1255 y 1300 otorgadas por los reyes de Castilla a varios concejos y señores y también un tratado castellano-genovés del 1146 que se guardan en la colección de N. P. Lijachev (1862-1936) en la Sección de Europa Occidental del archivo del Instituto de Historia de San Petersburgo (antes: LOII) de la Academia de Ciencias de Rusia⁴⁴. Los investigadores rusos han manifestado su interés por los fueros breves. S. D. Chervonov y O. I. Variash han traducido el Fuero de León⁴⁵. O. I. Variash y A. P. Chernyj publicaron los fueros de Coimbra del s. XII (el foral de 1111 y el de 1179)⁴⁶. Hace poco, O. I. Variash tradujo tres cartas de los comienzos del s. XII, otorgadas a los mozárabes, castellanos y a los francos de Toledo⁴⁷. O. I. Variash es la investigadora que ha realizado la traducción al ruso del ordenamiento de las cortes medievales –La Pragmática de 1340– aprobada en Santaren⁴⁸.

N. P. Denisenko ha traducido algunos capítulos del Fuero de Teruel y del Fuero Viejo de Castilla, el Fuero de Treviño (1254) y adiciones a este fuero, así como gran número de privilegios concedidos por Alfonso X a las ciudades y

⁴³ G. POPOVA: *Los mozárabes de Toledo: los problemas de identificación*, tesis, Moscú, 2002.

⁴⁴ «Dos redacciones desconocidas de un tratado castellano-genovés del 1146 de las colecciones de Leningrado, traducción, introducción y comentario de S. D. CHERVONOV»: en *La Edad Media* (46) 1983, pp. 335-343; «Un documento español del archivo de LOII Academia de Ciencias de URSS, traducción y comentario de V. O. KUCHUMOV»: en *La Edad Media* (53) 1990, pp. 204-212; «Cartas de los reyes españoles en la colección de LIJACHEV, edición de S. D. CHERVONOV, traducción, introducción y comentario de O. I. VARIASH»: en *La Edad Media* (57), 1994, pp. 262-273. La investigación de los documentos de la colección de LIJACHEV fue interrumpida, y la descripción completa de los documentos españoles en la colección no fue realizada por los investigadores rusos, sino por E. SÁEZ y C. SÁEZ. En 1993 publicaron en Alcalá de Henares un catálogo bajo el título *El fondo Español del Archivo de la Academia de las Ciencias de San Peterburgo*.

⁴⁵ El Fuero de León en *Desarrollo socio-económico de los países de la Península Ibérica durante la época feudal*, Moscú, 1985.

⁴⁶ Fueros municipales de Coimbra del s. XII, en *La vida urbana en la Europa medieval*, cit., pp. 300-311.

⁴⁷ «El fuero concedido a los mozárabes de Toledo por el rey de Alfonso VI (1101 r.)», «El fuero otorgado por el rey Alfonso VII a mozárabes, castellanos y francos de la ciudad de Toledo en 1118», «El privilegio del rey de Alfonso VII, eximiendo a mozárabes, castellanos y francos de la ciudad de Toledo del pecho de peaje e diezmo (1137)» en *Derecho en el mundo medieval europeo*, cit., vol. 2/3, pp.189-197.

⁴⁸ «La Pragmática de 1340, traducción, introducción y comentario de O. I. VARIASH»: en *La Edad Media* (54), 1991, pp. 229-238.

villas extremeñas, transerranas y andaluzas⁴⁹. Le pertenece también la primera experiencia de traducción al ruso de un testamento real, concretamente, el de Isabel de Castilla (1451-1504)⁵⁰. No es necesario hablar de la importancia de los documentos político-jurídicos de este tipo que son fuentes de sumo valor para la historia del desarrollo de la monarquía absoluta en España.

La traducción por I. I. Shilova-Variash del *Llibre de la Çuna e Xara dels moros* es uno de los acontecimientos de mayor importancia en nuestra historiografía histórico-jurídica en los años 90 del s. xx. El *Llibre* del que se ha conservado sólo una copia, se remonta al 3 de marzo de 1408. La fijación de las leyes de los mudéjares en catalán, como señala I. I. Shilova-Variash, es de por sí un fenómeno que merece comentarios especiales, porque el derecho islámico no necesitaba anotaciones de sus normas. El *Llibre* es único en su género porque en él, normas de la vida de la comunidad musulmana, conceptos jurídicos e incluso religiosos se expresan con ayuda de términos propios del derecho cristiano. Nos hemos tropezado con la situación análoga a la época de las *leges barbarorum* cuando la lengua de la legislación —el latín— hacía posible o reforzaba la penetración del derecho romano en la conciencia jurídica de los pueblos bárbaros. Leyendo el *Llibre*, es fácil abrirnos paso, a través de la forma escrita y un idioma extranjero, a las realidades de la vida de la comunidad mudéjar y de su percepción del mundo. Así que ya no leemos *jadj*, sino *rome-rías*, la vigilia musulmana se expresa como *dejuni*, y *Alá*, aparece como *Deu*. Otra particularidad de las disposiciones del *Llibre* que se explica por su procedencia musulmana es el carácter abstracto de muchos de sus preceptos. A diferencia de las *leges barbarorum* o los fueros españoles, en el *Llibre* encontramos extremadamente pocas realidades, cosas concretas, lo que no exceptúa el principio casuístico de muchos capítulos y títulos⁵¹.

Finalmente, hace poco he editado traducciones de dos códigos forales castellanos, el fuero de Cuenca y el de Sepúlveda⁵².

Así, pues, como vemos de este breve resumen, los temas de los estudios de la España medieval en las últimas décadas evolucionaron desde cuestiones de historia general hacia la historia de las fuentes del Derecho español y aún más la de la dogmática, es decir, historia de las doctrinas, nociones, conceptos,

⁴⁹ N. P. DENISENKO: *Sociedad Hispánica, ss. XIII a XIV. Instrucciones metodológicas para un seminario de estudiantes de la Facultad de Historia*, Ivanovo, 1982. Este investigador destaca por su sentido del idioma, extraordinariamente fino, y por la gracia del estilo, propia de él, con la cual realiza sus traducciones al ruso.

⁵⁰ *Idem*, «El testamento de Isabel de Castilla (1451-1504)», traducción y comentario en *Europa y América en una encrucijada de épocas*, Ivanovo: Universidad Estatal de Ivanovo, 1992, pp. 113-145.

⁵¹ *Vid.* al respecto *Llibre de la Çuna e Xara dels moros*, traducción, introducción y comentario de I. I. VARIASH, Moscú, 1995. *Vid.* también I. I. VARIASH: *El espacio jurídico del Islám en España*, cit., pp. 40-41.

⁵² *Códigos Españoles Medievales. El Fuero de Cuenca (1189-s. XIII). Códice Valentino. El Fuero de Sepúlveda (1300)*. La traducción del castellano medieval al ruso hecha por G. V. SAVENCO, acompañada de prefacio, notas explicativas y comentarios, dir. por el profesor V. A. TOMSINOV, Moscú: Zertsálo, 2004, 528 pp.

medios jurídico-técnicos que servían de apoyo a los concedores del derecho medievales en su trabajo con el derecho vigente y el común. Sin embargo, la *Historia del Derecho Medieval Español*, como tal, todavía no ha llegado, en mi opinión, a encontrar su propio carácter, sus rasgos inconfundibles, es un proceso laborioso, una tarea por cumplir.

En el transcurso de los últimos treinta o cuarenta años, en la historiografía rusa ha surgido una escuela que podría denominarse «escuela escandinava», formada por historiadores generales y lingüistas que descubrieron para otros investigadores fuentes de derecho de raíz germánica, es decir, procedentes de países como Noruega, Suecia e Islandia. El papel clave en la escuela pertenece a A. Y. Gurevich, S. D. Kovalevski, A. A. Svanidze y también a V. A. Zaks (la segunda generación, discípulo de A. Y. Gurevich). A la tercera generación de la escuela pertenecen los historiadores A. V. Fomenkova, N. S. Kalashnikova y S. Y. Aguishev, como también el lingüista F. B. Uspenski (todos son discípulos de A. A. Svanidze).

A. Y. Gurevich es uno de los más notables representantes de esta escuela mediante sus obras *El campesinado libre de la Noruega feudal* (Moscú, 1967), *Problemas del génesis del feudalismo en Europa Occidental* (Moscú, 1970) y *Categorías de la cultura medieval* (Moscú, 1984). Basándose en las fuentes del derecho anglosajón y el noruego, el investigador dio una caracterización general de la costumbre y el derecho consuetudinario germánico, asimismo de la sociedad europea occidental, surgida sobre la base de este derecho. Su punto de partida consiste en considerar el derecho como una categoría socio-cultural, como una de las formas de la (auto)conciencia humana. En su opinión, el derecho bárbaro y el derecho moderno se parecen sólo por llevar el mismo nombre, pero en realidad el derecho bárbaro es más extenso por su volumen y función. El derecho en la sociedad bárbara no representaba un campo especial en la vida de la sociedad. No existe faceta en su sistema que no se regule por costumbre. El derecho consuetudinario es un elemento en el cual vive la mayor parte de la sociedad y al mismo tiempo es una dimensión de la mentalidad. La tarea del legislador en aquella época no era la de crear un derecho nuevo, sino seleccionar del derecho viejo los más sabios y justos preceptos. En las condiciones de ritualización de todos los niveles de la conducta social, la costumbre y el derecho adquirieron una importancia peculiar. En gran medida eran éstos los fenómenos que formaron las relaciones reales, dando en forma acabada no sólo un esquema general, sino también una línea detallada de conducta⁵³.

S. D. Kovalevski se basaba en las fuentes del derecho sueco medieval. De esta manera, hacía resaltar que, según su tipo, las leyes de la Suecia medieval son las últimas (a tenor del momento de su redacción) *leges barbarorum* y que ellas, en mayor medida que otros textos parecidos son ejemplos del derecho consuetudinario. Las ocho recopilaciones que se han conservado hasta ahora son apuntes personales. Casi no encontramos en ellas influencia cualquiera del

⁵³ Vid. *Categorías de la cultura medieval*, cit., pp. 167-197.

derecho canónico ni del romano⁵⁴. En su monografía S. D. Kovalevski analizó también las relaciones familiares y de parentesco, la organización judicial y administrativa de los antiguos suecos y la venganza de la sangre⁵⁵.

Los aspectos técnico-jurídicos del derecho noruego fueron estudiados por V. A. Zaks. En su artículo «Algunos rasgos de la lengua y la lógica del derecho regional de la Noruega medieval», analizó las funciones de los procedimientos públicos, el significado de los ritos y ceremonias, las pruebas de juicio (juramento y ordalías), y los métodos empleados para formular algunos preceptos jurídicos. Nos ilustró con varios ejemplos que el proceso noruego es público, oral y formulista que, como es sabido, es un rasgo característico del derecho germánico. Estando fuertemente enlazado con diversos fenómenos de la vida cotidiana, el derecho no ha ascendido hasta generalizaciones abstractas y definiciones exactas, pero, como en el caso anterior, existía en la conciencia consuetudinaria de los escandinavos medievales. El autor hizo resaltar particularmente la indivisibilidad de las normas no jurídicas –morales–, de un lado, y normas jurídicas –civiles, penales y de procedimiento–, de otro lado. Sería insensato buscar en el derecho noruego medieval una sucesión estricta, característica de un sistema jurídico moderno, porque el enfoque del derecho no fue analítico, sino casuístico. La lógica del pensamiento jurídico no se basaba en la clasificación de las leyes, sino que giraba alrededor de cierto lugar, acontecimiento, objeto o persona, atrayendo, mientras tanto, muchas y diversas circunstancias concomitantes. Cualquier norma se percibía por los noruegos medievales como absoluta, independientemente de las fuerzas sacras con las que se entrelazaba en cada situación concreta. Por eso el derecho en general tenía carácter universal⁵⁶.

En los años noventa del siglo pasado la «Escuela escandinava», gracias a la profesora A. A. Svanidze y con el apoyo de las más diversas instituciones y organismos públicos como el Centro ruso-sueco, la Universidad Estatal de Humanidades de Rusia (Moscú), el Instituto Sueco en Estocolmo, ha publicado dos códigos del carácter territorial, el de *Gutalagen* y el de *Westgöotalagen*, y *Bjarköarätten*, un monumento del derecho municipal de Suecia⁵⁷. Los textos legales se acompañan de prefacios y comentarios que les sirven a los traductores e investigadores, A. V. Fomenkova, N. S. Kalashnikova y F. B. Uspenski, como veremos, de una base sólida para ir más allá, al estudiar diferentes ramas e instituciones del derecho altosueco.

Los congresos, encuentros científicos o las así llamadas *mesas redondas* son, como sabemos, canales de comunicación de los investigadores e, incluso,

⁵⁴ S. D. KOVALEVSKI: «Leyes regionales de Suecia como fuente histórica», en *La Edad Media* (33) 1971; *Idem*, La formación de la sociedad de clases y el Estado en Suecia, Moscú, 1977. Tradujo también de la lengua altosueca *Tres crónicas de Västgöta* (1240), una de las cuales es conocida como *Lagmanes de Västgöta*, *vid.*, en *La Edad Media* (45), 1982, pp. 305-316.

⁵⁵ *Ibidem*, *La formación de la sociedad...*, *cit.*, pp. 116-130.

⁵⁶ V. A. ZAKS: «Algunos rasgos de la lengua y lógica del derecho regional de la Noruega medieval» en *La Edad Media* (52) 1989, pp. 159-160. Defendió su tesis en Tartu en 1980 (Estonia) titulado *Relaciones sociales y derecho en la Noruega altomedieval*.

⁵⁷ *De la Historia temprana del pueblo y del Estado sueco. Primeras noticias y leyes*, Moscú, 1999.

de medios para su unificación, aunque sea sobre la base de las ideas más generales. Debería citar de entre estos los congresos que con carácter regular se han celebrado en Rusia en la última década, en especial las mesas redondas celebradas por iniciativa de O. I. Variash. Como apuntaba anteriormente, esta historiadora ha manifestado su interés en diferentes aspectos de historia de la Europa medieval. En los últimos años se ha dedicado también a la investigación de la Historia del Derecho en la época medieval. Considerando el Derecho no sólo como uno de los elementos formativos de la vida social, sino también como uno de los elementos más importantes que socializan a la persona. Ha protagonizado un renacimiento en el interés especial hacia la Historia del Derecho medieval, ampliando y despejando el panorama de investigaciones de acuerdo a las exigencias científicas actuales. O. I. Variash ha organizado en el Instituto de la Historia General de la Academia de Ciencias de Rusia en Moscú encuentros casi anuales sobre el tema general «Derecho en el mundo medieval europeo» en los que ha planteado cuestiones de considerable valor científico, tales como «Costumbre y Derecho», «Delito y Pena», «Derecho, Poder y Sociedad», «Derecho municipal», «La persona en el juicio», «El concepto “fuera de la ley”». Los estudios de los encuentros de 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000 (dos conferencias en este año) han sido publicados suscitando gran interés por parte de medievalistas e historiadores del derecho. En la última conferencia organizada por ella en otoño de 2002 sobre el tema de «Culpable sin culpa», se investigó el fenómeno del error judicial en el proceso penal medieval. Los investigadores cuyas obras han sido publicadas en dos volúmenes⁵⁸ pueden ser divididos en dos grupos. El primero lo podrían componer los científicos que en sus investigaciones desde hace años han venido utilizando, entre otras, fuentes jurídicas, y sólo últimamente están prestando atención a los sujetos estrictamente jurídicos. Entre ellos están O. I. Variash, G. M. Tushina, M. M. Vinokurova, N. I. Deviataikina, I. A. Krasnova, S. K. Tzaturova. Al segundo grupo pertenecerían V. A. Zaks, I. I. Shilova-Variash, O. N. Barabanov, A. V. Fomenkova, F. B. Uspenski, A. G. Glebov, L. A. Rogachevski y, también, L. L. Kofanov historiadores que se dedican a investigar problemas de Historia del Derecho europeo medieval. Los problemas discutidos en los encuentros científicos, sin duda alguna, pueden ser considerados como un programa de investigación del Derecho Europeo medieval para los años siguientes⁵⁹.

Un numeroso grupo de los investigadores ha estudiado algunos aspectos parciales de la historia procesal medieval: el juicio y el procedimiento medieval tanto civil como penal, los tribunales especiales y extraordinarios. Un artículo de G. M. Tushina versa sobre el sistema judicial y procedimiento judicial en Provenza según los fueros de Marsella, Niza y Aviñón de los ss. XIII-XIV⁶⁰.

⁵⁸ Vid. notas 33 y 34 supra.

⁵⁹ Envío también a mi recensión «Derecho en el mundo medieval europeo» en *Jurisprudencia*, 2 (2004), pp. 237-249.

⁶⁰ G. M. TUSHINA: «La persona en el juicio en la Provenza medieval de los ss. XIII-XIV: fuentes y nuevos estudios», *Derecho en el mundo medieval europeo*, cit., vol. 2/3, pp. 17-36. En lo sucesivo, sólo citaremos volumen y páginas.

O. N. Barabanov aborda el tema de la delegación de poderes judiciales de la *comunità* a una persona particular en virtud de un decreto especial del dux u otras altas instancias de Génova⁶¹. Al *Recht der langen Spissen* de los lansquenetes un Código militar de 1535 de Carlos V, dedica su trabajo V. R. Nowoselov⁶². A. D. Sheglov analizó unas causas de interés en Suecia en los años 20-40 del s. XVI⁶³. De una manera u otra, todas ellas han guardado relación con la Reforma en este país, hablando más exactamente, con la intervención de la justicia del rey en la jurisdicción eclesiástica, esto es, en el área del Derecho canónico. La aportación de O. I. Togoeva versó sobre la tortura judicial en el proceso inquisitorial, que fue extendida por todas partes en Francia a finales del s. XIII y a principios del s. XIV. En efecto, el objetivo de la tortura es que el inculpable se declarase culpable. Al no ser una ordalía, y aún más, al sustituirla, la tortura tiene hasta cierto punto un carácter ordálico⁶⁴.

Entre otros temas que también han sido estudiados por los conferenciantes se encuentran las instituciones del derecho medieval. Por ejemplo, en la última década ha sido objeto de investigación la venganza, que remonta a unas tradiciones consuetudinarias de los pueblos germanos y obligaba a todos los parientes de cooperar a esa venganza de sangre⁶⁵. Entre las publicaciones derivadas de encuentros científicos hay que mencionar un artículo de I. A. Krasnova. Dedicó una descriptiva exposición a un aspecto particular de la *vendetta* en Florencia de los ss. XIV y XV. Se subraya que la pervivencia de la *vendetta* en el mundo urbano italiano radica en la actividad de grandes y fuertes *consorteries* feudales. La desintegración de una *consorteria* pudo ser efecto de una renuncia, por parte de sus miembros, de vengar y perseguir enemigos⁶⁶.

M. G. Muravieva y O. I. Variash han estudiado algunos aspectos relevantes sobre la institución del *fuera de la ley*. M. G. Muravieva se encargó del análisis

⁶¹ O. N. BARABANOV: «El procedimiento judicial en la Génova del s. XV (según documentación de Bartolomeo Bosco)», cit., vol. 2/3, pp. 90-100. *Vid.* también su *Juicio y derecho en las factorías génoveses en el Norte del Mar Negro (siglos XIII y XV): el procedimiento civil*, tesis, Moscú, 1997.

⁶² W. R. NOWOSELOV: «*Recht der langen Spissen* de lansquenetes alemanes del s. XVI según el Código militar de 1535 r. de Carlos V», cit., vol. 2/3, pp. 166-172.

⁶³ A. D. SHEGLOV: «La Reforma y el juicio sueco en los años 20-40 del s. XVI», cit., vol. 2/3, pp. 155-165.

⁶⁴ O. I. TOGOEVA: «La tortura judicial como espectáculo: delincuente y juez ante la multitud (Francia, s. XIV)», cit., vol. 2/3, pp. 69-76. *Vid.* también su tesis «Los conceptos *delito* y *pena* en el procedimiento criminal en Francia desde el fin del s. XIII y a comienzos del s. XV», Moscú, 1996.

⁶⁵ *Vid.*, por ejemplo, A. G. GLEBOV: «La costumbre de la venganza y las supervivencias de la sociedad gentilica en la Inglaterra altomedieval» en *Boletín de la Universidad de Voronezh*. Serie I, Ciencias sociales (1) 1996, pp. 150-157; S. P. NIKOLSKI: «La venganza y la sucesión en la Escandinavia altomedieval» en *Actas de XIII Conferencia en historia, economía, literatura y lengua de los países escandinavos y Finlandia*, Moscú-Petrozavodsk, 1997, pp. 112-113; G. V. SAVENCO: «unos aspectos particulares de la venganza en el derecho municipal castellano: s. XII-principios del s. XIV», en *Colección de estudios de los postgraduados y investigadores jóvenes de la Universidad de Nizhni Nóvgorod*, Nizhni Nóvgorod, 1998, pp. 57-63.

⁶⁶ I. A. KRASNOVA: «La costumbre de la *vendetta* y la política en las memorias de los mercaderes de Florencia en los ss. XIV y XV», cit., vol. 2/3, pp. 58-68.

del *outlawry* inglés bajomedieval mientras que la segunda autora analizó la *inimicitia* portuguesa de la Baja Edad Media. Nos demuestran no sólo la procedencia diferente del *outlawry* y la *inimicitia*, sino también las funciones diferentes en cada una⁶⁷.

Los seguidores de la «Escuela escandinava» en esos encuentros fueron V. A. Zaks, A. V. Fomenkova y F. B. Uspenski. V. A. Zaks desarrolla las características del derecho en la Noruega medieval y, con más exactitud, los aspectos particulares de la costumbre noruega y la terminología de los códigos territoriales el *Gulathingsslove* y el *Frostathingsslög* exponiendo con varios ejemplos el uso de palabras claves tales como *rettr* y *log*⁶⁸. A. V. Fomenkova, al traducir de la lengua altosueca la redacción más temprana del *Westgötalagen*⁶⁹, sigue estudiando éste código⁷⁰. En su trabajo analizó los delitos, por los cuales una persona no podía redimirse por multa –*orbotð mal*–, es decir, los que han sido castigados con su exclusión de la comunidad, la pérdida total de la paz y la confiscación de sus bienes. F. B. Uspenski, apoyándose en las sagas de Islandia y el *Konungsbók*, un código del s. XIII, ha estudiado la utilización de los conceptos de *heilagr* y *óheilagr*, es decir, «inviolable» y «privado de la paz», término que coincidiría con el «declarado fuera de la ley».

I. I. Shilova-Variash sigue estudiando la vida jurídica de los mudéjares en Aragón en los ss. XIV-XV⁷¹.

A. G. Glebov, director del Departamento de Historia del Derecho y Estado en la Universidad de Voronezh, ha estudiado los caminos de formación del poder real en los reinos anglosajones⁷². El estudio de este autor plantea cierto revisionismo del papel del Derecho en la sociedad altomedieval. Discrepa del profesor A. Y. Gurevitch para quien el derecho tuvo un carácter casi absoluto tanto en la Alta como en la Baja Edad Media.

Algunos conferenciantes de los encuentros científicos se centran en casos escandalosos de la historia francesa. S. K. Tzaturova ha traducido y comentado minuciosamente el «Acte d'accusation contre Robert le Coq, évêque de Laon», un documento de interés que nos informa sobre los hechos históricos de los años 1356-1358 en Francia⁷³. V. V. Shishkin publica cuatro documentos sobre

⁶⁷ M. G. MURAVIEVA: «La declaración de fuera de la ley por traición de lesa Patria en Inglaterra del s. XVII», cit., vol. 2/3, pp. 280-289; Vid. también ya mencionado O. I. VARIASH: «El concepto de “fuera de la ley” y su evolución en Portugal en los ss. XII-XIII», cit., vol. 2/3, pp. 309-318.

⁶⁸ V. A. ZAKS, «Sobre la particularidad de la formación del derecho medieval noruego», cit., vol. 2/3, pp. 203-209.

⁶⁹ Vid. el texto: *De la Historia temprana del pueblo y del estado sueco*, cit., pp. 173-277.

⁷⁰ A. W. FOMENKOVA: «Westgötalagen: el capítulo “Orbotðmal” (Delitos que no pueden ser redimidos por multa)», cit., vol. 2/3, pp. 261-267.

⁷¹ Vid. supra.

⁷² A. G. GLEBOV: «Ideas del rey y del poder real en los anglosajones (según los códigos de los ss. VII y IX)», cit., vol. 1, pp. 208-220. El artículo presenta sólo algunos resultados de la investigación del tema y el investigador ya editó una monografía y toda una serie de trabajos en el *Boletín de la Universidad de Voronezh* y en *La Edad Media*.

⁷³ S. K. TZATUROVA: «Un escándalo en los pasillos del poder en Francia en el s. XIV», cit., vol. 1, pp. 221-269. En 2002 la historiadora también publicó en Moscú su monografía *Oficiales del poder. El Parlamento de París al final del s. XV*.

el llamado «complot» de la reina Ana de Austria en 1636–1637⁷⁴. El «complot» vino a ser un intento de presión diplomática organizada desde el exterior para influir al rey de Francia Louis XIII y hacer a Francia renunciar a la guerra con España, lo que hubiera servido de motivo para la caída del cardenal Richelieu.

Un lugar independiente lo ocupan trabajos dedicados a las ideas del derecho y del sistema judicial en la Edad Moderna y sus comienzos. Y. P. Malinin analizó el pensamiento público en Francia en los ss. XIV y XV y sigue la línea de evolución, trazada por el pensamiento jurídico en sus relaciones con la moral cristiana⁷⁵. I. Y. Elfond ha estudiado la obra «Francogallia» del célebre jurista F. Hotman, adversario del sistema judicial en Francia⁷⁶. Las ideas del derecho en las cartas y tratados de Petrarca, el cual, como es sabido, estudió derecho en Montpellier durante cuatro años y después, durante otros tres años, derecho civil en Bolonia, fueron objeto de análisis por N. I. Deviatkina⁷⁷. El valor de las ideas del poeta italiano sobre el ordenamiento jurídico de Italia de entonces es evidente, pues, era conocido tanto de los Papas de Roma como de los tiranos de las repúblicas italianas, conociendo la legislación de ciudades tales como Florencia, Milán, Padua y Venecia.

Un breve pero revelador estudio sobre la simbología en textos legales del derecho municipal alemán en los ss. XIV y XVII ha sido realizado por A. L. Rogachevski, nuestro mayor especialista en derecho prusiano. Dirigiendo su atención a los preámbulos de las leyes y códigos, el autor destaca su importancia que esta tenía. Aunque no tenía fuerza de ley, la simbología jugaba un papel muy importante en la cultura jurídica de entonces⁷⁸.

Los problemas que se han discutido en los encuentros científicos sin duda alguna podrían servirnos de programa de estudios del Derecho europeo medieval para los años siguientes. Creo que la muerte prematura de O. I. Variash el 16 de abril de 2003⁷⁹ no podrá interrumpirlos y la nueva secretaria de los encuentros su discípulo G. Popova reunirá investigadores de diferentes disciplinas alrededor de la mesa redonda en otoño de 2005.

Como podemos suponer, el estudio de algunas instituciones del derecho siempre tendrá valor teórico y práctico. El nivel científico del estudio de estas instituciones es también un testimonio del nivel de desarrollo de la propia ciencia. Y por lógica parece que el derecho de propiedad ofrece un mayor interés para nuestros historiadores. Como sabemos, el concepto de propiedad abarca dos elementos – económico y jurídico – unidos indisolublemente, y por eso

⁷⁴ V. V. SHISHKIN: «La instrucción en el proceso de la reina Ana de Austria en 1637», cit., vol. 2/3, pp. 173-188.

⁷⁵ Y. P. MALININ: «Idea del derecho en el pensamiento público francés bajomedieval (ss. XIV y XV)», cit., vol. 2/3, pp. 153-175.

⁷⁶ I. Y. ELFOND: «Derecho y procedimiento judicial en Francia a los ojos del jurista del s. XVI. F. Hotman sobre los juicios y parlamentos», cit., vol. 2/3, pp. 335-344.

⁷⁷ N. I. DEVIATAIKINA: «Derecho y desafuero en la ciudad italiana en el s. XIV a los ojos de Petrarca», cit., vol. 2/3, pp. 325-334.

⁷⁸ A. L. ROGACHEVSKI: «Sobre la simbología en los textos legales del derecho municipal alemán en los ss. XIV y XVII», cit., vol. 2/3, pp. 31-65.

⁷⁹ Vid. «Una nota necrológica» en *la Edad Media* (65) 2004, p. 346.

siempre ha sido fronterizo en el sentido de que ha sido y es objeto de los estudios tanto de la historia general como de la iushistoria. La ciencia soviética, para la cual todas las cuestiones relacionadas con la propiedad tenían, sobre todo, importancia ideológica, más de una vez ha acudido a la historia de la propiedad de la tierra y, antes que nada, a la propiedad feudal en la Edad Media en Europa. Al terminar de formar, de manera definitiva, sus ideas sobre la naturaleza y elementos de la propiedad en los años 40-50 del s. xx en esta *teoría*, yo diría *promediada*, por lo general dejaban de lado aspectos jurídicos. Durante largo período la ideología marxista-leninista privaba a los investigadores de la posibilidad de estudiar el derecho de propiedad en el Medioevo, empleando sólo la metodología científica⁸⁰. Los trabajos esporádicos de carácter histórico-jurídico tales como, por ejemplo, los de los profesores L. I. Dembo⁸¹ y A. V. Venediktov⁸², publicados en 1948, tampoco pudieron salir del marco del marxismo ortodoxo. Algunos casos de reanudación del interés de los historiadores hacia la propiedad feudal en 1978⁸³ y 1988⁸⁴ no pudieron, desgraciada-

⁸⁰ Algunas afirmaciones de los marxistas ortodoxos, hoy en día, nos parecen simplemente graciosas. Por ejemplo, el historiador B. F. PORCHNEV opina que la propiedad de los terratenientes puede presentarse también como ¡la propiedad de dominio sin limitación alguna! *Vid. Ensayos de economía política del feudalismo*, Moscú, 1956. Para el académico S. D. SKAZKIN, la propiedad feudal no se distingue en nada de la propiedad burguesa o esclavista. *Vid. Obras selectas sobre la Historia*, Moscú, 1956, pp. 94-96.

⁸¹ *Vid.* L. I. DEMBO: «La naturaleza jurídica de la propiedad territorial feudal», en *Memorias científicas de la Universidad de Leningrado*, serie ciencias jurídicas, vol. 1, Leningrado, 1948, pp. 370-391. El investigador creyó que un defecto de los estudios histórico-jurídicos «burgueses» había consistido en una desestimación del análisis de desarrollo de forma y contenido de la propiedad feudal y de las tenencias de carácter feudal. Investigaciones «burguesas» no descubren la esencia de la explotación feudal y disimulan, por tanto, quién explotaba al labriego. La propiedad feudal surgió, principalmente, gracias a la apropiación de las tierras, que después formaron propiedades agrarias grandes y, también en virtud del otorgamiento de las tierras a la nobleza en beneficios que a lo largo de la época feudal se transformaron en feudos. Sólo esta forma puede considerarse como la propiedad feudal. *Vid.* «La naturaleza jurídica de la propiedad...», pp. 374-376 y 381.

⁸² *Vid.* A. V. VENEDIKTOV: *La propiedad socialista del Estado*, Moscú, 1948. Este autor se inclinaba hacia punto de vista de los juristas franceses de los ss. XVI y XVII y analizaba, a su vez, la extensión del derecho a la cosa del señor y del tenedores de la tierra como solían ser los campesinos. Las relaciones, vinculadas con el así llamado censo tardío, las extendió a las relaciones de la propiedad, incluyendo a los campesinos-tenedores de la tierra— en una jerarquía de los tenedores feudales junto a los señores-propietarios de los bienes patrimoniales. *Vid. La propiedad socialista*, pp. 223 ss.

⁸³ Se trata, en primer lugar, de los artículos de M. A. BARG y A. M. SAHAROV. En opinión de M. A. BARG, por ejemplo, sólo los feudales podrían poseer la tierra feudal, mientras que los campesinos eran simples tenedores de la tierra en virtud de la costumbre. *Vid.* «Sobre la naturaleza de la propiedad feudal» en *Cuestiones de la Historia* (7) 1978, pp. 84-104. *Vid.* también A. M. SAHAROV: «Sobre el desarrollo de la propiedad feudal de la tierra en el Estado ruso en el s. XVI», en *Historia de la URSS* (4) 1978, núm. 4. Se trata también en la XVII sesión del Simposio de Estudios de la Historia agraria que se celebró en 1978 en la ciudad de Rostov del Don. *Vid. Importancia y papel del campesinado en el desarrollo socio-económico de la sociedad: la XVII sesión del Simposio de Estudios de la Historia agraria: Resúmenes de las conferencias y ponencias*, Moscú, 1978 y *El desarrollo socio-económico de la aldea rusa en la época feudal y bajo el capitalismo. Materiales de la XVII sesión del Simposio de Estudios de la Historia agraria*, Rostov del Don, 1978.

⁸⁴ *Vid.* *Lo general y lo particular en el desarrollo del feudalismo en Rusia y Moldavia: Problemas de la propiedad del Estado y la explotación del Estado (Problemas de la propiedad*

mente, ayudar a liberarnos del yugo ideológico. Al mismo tiempo, una investigación minuciosa e imparcial de las fuentes nos muestra lo ficticio de algunas teorías que no tenían nada que ver con la realidad.

Un ejemplo del análisis brillante de un problema lo encontramos en las obras de A. Y. Gurevich. Combatió la tesis sobre la propiedad privada de la tierra en la Edad Media. Para el citado autor, el concepto «propietario», es, hablando en rigor, imposible de aplicar en el Medievo ni a señores ni a vasallos. Un hacendado no se considera propietario (*possessor*), sino sólo un tenedor (*tenens*) al que le fue cedida la tierra bajo ciertas condiciones. El concepto clave, expresado en relación a un hombre con tierra, que ostenta su posesión en un período dado, por tanto, no fue «propiedad», sino «posesión real». La construcción del concepto de la «propiedad de la cosa», teniendo un carácter muy ideal o abstracto, no tuvo sentido real para los hombres, para los que su conciencia fue canalizada hacia una percepción concreta y sensitiva del mundo circundante. No tenemos noticias legales ni narrativas del alodio franco como una forma de la propiedad de la tierra como si hubiera evolucionado en el seno de la comunal hacia la «propiedad privada absoluta»⁸⁵.

En nuestra disciplina, es poco probable que pudiésemos encontrar más de dos o tres trabajos en los cuales la propiedad de la tierra fuese el objeto principal de una investigación monográfica histórico-jurídica en la Edad Media y sus comienzos. A este tipo de trabajos pertenecen las monografías de T. M. Chervonnaya e I. S. Filippov. En estas obras se ven muy bien las ventajas de la combinación de lo histórico con lo jurídico y, quizá, lo principal es que los autores mostraron su capacidad de analizar el problema empleando una lengua y terminología fáciles de comprender tanto por los historiadores como por los iushistoriadores.

T. O. Chervonnaya en su monografía ha estudiado la «propiedad feudal» y posesión de la tierra en el período de transición del feudalismo al capitalismo⁸⁶. Los analiza en *Les coutumes du pays et duché de Normandie* (una redacción Ancienne del s. XIII y la Nouvelle de 1583-1585), *Les coutumes générales de Paris* (una redacción Ancienne de 1510 y una redacción de 1580) y *Coutumes de Nivernais* (redacciones de 1490 y 1534), así mismo que los de la *Marche* de 1521, *d'Auvergne* de 1510, de *Bourbonnois* de 1521, apoyada en comentarios de juristas famosos del s. XVI tales como Charles du Moulin, Christofle de Thou y Guy Coquille. La investigadora ha estudiado tres tipos

del estado y explotación estatal), Moscú, 1988. Problemas discutidos: características de la propiedad feudal, su origen y naturaleza, normas según las cuales se regulaba, desarrollo de la propiedad feudal. Los miembros partían de la teoría del profesor Y. L. BESSMERTNY sobre dos variantes de una propiedad única feudal: la del Estado y la señorial.

⁸⁵ Vid. A. Y. GUREVICH: «El problema de la propiedad raíz en las sociedades pre-feudales de Europa» en *Cuestiones de la Historia* (4) 1968, pp. 88-105 y «La propiedad de la tierra de los campesinos y el derecho romano en los pueblos germanos en la Alta Edad Media» en *La Sociedad, el Estado y el Derecho en Rusia y otros países de Europa. Norma y realidad. El feudalismo en la Alta y Baja Edad Media. Ciclo de conferencias in memoriam de los académicos S. D. SKAZKIN y L. V. CHEREPNIN. Resúmenes de las conferencias y ponencias*, Moscú, 1983, pp. 14-17.

⁸⁶ T. M. CHERVONNAYA: *La aldea francesa según las fuentes del derecho del s. XVI*, Saratov, 1992.

diferentes de *coutumes* y, por lo tanto, tres tipos de estructura social. La del Norte respondía a una igualdad absoluta de herencia, feudo clásico y campesinado libre. La del Sur se somete al principio romano de herencia con vigencia de *alod* y servidumbre. Finalmente en la de síntesis vemos una sucesión según un principio ecléctico, el *fief* clásico, campesinado libre aunque pagando *cens* servil. La frontera entre *coutumes* de tipo norteño y los de tipo meridional pasó principalmente a lo largo de las orillas del Loira. El Norte, sin embargo, tenía elementos meridionales, mientras que en el Sur los encontramos del tipo septentrional.

Un nivel absolutamente nuevo e innovador de estudio histórico-jurídico sobre la procedencia del feudalismo y de la propiedad está presentado en la tesis de I. S. Philippov⁸⁷, más exactamente en su capítulo VII «Relaciones de propiedad». Este lleva a cabo una reconstrucción de las relaciones de la propiedad en Provenza y Languedoc, comenzando por la sociedad romana tardía hasta los ss. XII-XIII. Analiza y compara la terminología del Derecho romano con la medieval: *dominium*, *possessio*, *alodis* y *feodum*. La investigación efectuada por el estudioso le permite hacer las siguientes conclusiones. Un eje alrededor del cual se desarrollaron relaciones jurídicas en la sociedad surfrancesa en los ss. IX a XI fue un alodio identificado con *proprietas* del Derecho romano tardío, el cual, a lo largo de la época medieval, iba adquiriendo cada vez más rasgos del derecho condicional a bienes, aproximándose al beneficio y al feudo. Comparado con éstos últimos, el alodio con justicia puede considerarse una forma privilegiada de la propiedad agraria condicional. Todo eso nos permite estudiar el alodio y el feudo incluidos en un sistema único de relaciones de propiedad, marcado con un entrelazamiento estrecho de vínculos personales y de propiedad y con búsquedas penosas de medios de autoexpresión adecuados tanto jurídicos como incluso puramente léxicos.

Uno de los últimos artículos del historiador Y. D. Serovayski, que lleva no menos de medio siglo investigando la sociedad de los francos⁸⁸, nos presenta una muestra admirable de una investigación histórico-jurídica de la *terra salica*: bienes que no podían ser objeto de sucesión por parte de mujeres⁸⁹. Analizando edictos de los reyes francos y diferentes redacciones del capítulo § 5(6) «De alodis» en la *Lex Salica*, el autor subrayó, que para el momento de fijarse por escrito los preceptos de la *Lex Salica*, en la sociedad franca dominaban valores tradicionales, propios de los pueblos germánicos antiguos, engendrados por el estadio arcaico de la actitud hacia el medio ambiente. De acuerdo con esas ideas,

⁸⁷ I. S. FILIPPOV, *La Francia mediterránea en la Alta Edad Media*, Moscú, 2000. El autor analizó más de 4.500 cartularios, cartas de negocios jurídicos –donaciones, compras, ventas, cambios, cesiones testamentales de heredades, tierras, viñas– e inventarios que se guardan en los archivos del Sur de Francia.

⁸⁸ En 1970 defendió en Leningrado la tesis titulada *El problema de desarrollo de la propiedad feudal en Francia desde el siglo IX hasta el siglo XIII*.

⁸⁹ Y. D. SEROVAYSKI: «Sobre la noción de *terra salica* en *Lex Salica*» en *La Edad Media* (63) 2002, pp. 11-42.

los derechos sólo podían surgir en relación al terreno cultivado durante largo tiempo, que haya sido tratado con *opera*. La noción *terra salica*, o terreno anejo a la casa, expresaba el concepto –creado por relaciones agrarias arcaicas– sobre los bienes inmuebles limitados, de los que podía disponer una familia como sus bienes propios, exclusivos, los que, como consecuencia, podían transmitirse por herencia. A medida que se fueron transformando las relaciones sociales, después de desechar la participación laboral como causa exclusiva de adquisición del derecho de propiedad de la tierra, y, después de reforzarse otra causa válida –adquisición de la tierra– ya no era obligatorio que esté cultivado personalmente –como cuota de los bienes de abolengo–. A partir de entonces, la noción de la *terra salica* se transformó al sustituirse por *terra* en general, es decir, por todos los bienes raíces del testador.

Hay que notar que los historiadores generales, como antes, anteceden a los historiadores juristas en los estudios del derecho de propiedad, testimonio de lo cual puede ser una obra colectiva titulada «Propiedad en Rusia: Edad Media y comienzos de la Edad Moderna». El capítulo «Teoría de la propiedad en general y la propiedad feudal en particular» está escrito por el prestigioso historiador S. M. Kashtanov⁹⁰. El autor ofrece su definición del concepto de propiedad, de posesión y de uso, y –hecho de trascendencia particular– intenta dividir en partes integrantes el derecho de propiedad o, más exactamente, determinar, de qué competencias se componen sus elementos⁹¹.

No parece extraño el hecho de que la nueva generación de la «Escuela escandinava» en los últimos años también se hay encargado del análisis de la propiedad en la Edad Media⁹². Una de las investigaciones recientes es la tesis de S. Y. Aguishev. El autor trazó las líneas generales de esta institución jurídica en el derecho de la Noruega medieval y analizó el carácter de *othal* viejo y nuevo, el uso, la posesión y disposición de la tierra, el aspecto particular de arrendamiento a largo término, límites del derecho del propietario y derechos de los parientes *propinquos* sobre el *othal* en casos de enajenación de los bienes raíces o transacciones, evolución del derecho sucesorio en relación a la desintegración de la familia gentilicia y la formación de una familia individual⁹³.

Acabando con este tema deberíamos esperar para el futuro nuevos estudios interesantes dedicados al derecho de propiedad en la Edad Media.

En la última década, uno de los problemas más atractivos para los historiadores del derecho en Rusia es el proceso de la recepción del derecho romano en la Edad Media europea. Al mismo tiempo, hay que señalar que los aspectos particulares de la recepción no sólo se analizan investigando el proceso en cier-

⁹⁰ GORSKAYA N. A. (ed.): *La propiedad en Rusia: La Edad Media y La Edad Moderna*, Moscú, 2001, pp. 7-40.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 21-24.

⁹² A. V. FOMENKOVA: «La propiedad raíz en las tierras occidentales de los göten (según la redacción Mayor de *Westgötalagen*)» en *La Edad Media* (61), 2000, pp. 47-63.

⁹³ En 2004 en la Universidad Estatal de Moscú el autor defendió su tesis titulada *Evolución de las formas de propiedad y la organización familiar en la Noruega medieval (segunda mitad del s. XIII-primer mitad del s. XIV)*.

tas partes de Europa⁹⁴ o por países⁹⁵, su influencia en la ciencia y la vida jurídica nacional⁹⁶ o en las causas judiciales excepcionales⁹⁷ en particular, sino también durante todo el Medievo. Naturalmente, no se pueden esperar muchas revelaciones en este campo de investigación.

Con todo eso, deberíamos mencionar, entre otras cosas que la investigación de la recepción hace aparecer enfoques bastante inesperados para la comunidad científica. De esta manera, I. S. Filippov mostró que aunque parezca inverosímil, la *Vulgata*, un texto canónico de la Biblia, traducida del griego, hebreo y arameo al latín por San Jerónimo, no ha sido estudiado nunca como una fuente del derecho romano tardío. El autor analizó la terminología jurídica de la *Vulgata* y la influencia de su vocabulario en la vida jurídica de la Europa medieval⁹⁸.

No podemos descartar la posibilidad de que en las nociones de la recepción puedan surgir aportaciones inesperadas, interesantes no sólo para los estudiosos rusos. Por ejemplo, el profesor titular de la Universidad Estatal de Moscú V. A. Tomsinov señala que en la frase «la recepción del derecho romano en la Edad Media europea» están confundidos tres fenómenos diferentes por su esencia, cada uno de los cuales merece su propia denominación. El primero –podríamos llamarlo, por ejemplo, bárbaro o vulgar– floreció, sobre todo, en el s. XIII. Sus más expresivas manifestaciones eran «*De legibus et consuetudinibus Angliae*», de Henry Bracton en Inglaterra y «*Coutumes de Beauvaisis*» de Beaumanoir en France.

El segundo fenómeno está relacionado con la tradición que podría llamarse «universitaria» o «escolástica». Igual que la vulgar, suponía el estudio de textos romanos, pero la actitud hacia el texto en la tradición universitaria ha sido absolutamente diferente. Tanto en el mundo antiguo como en el Medievo, un texto es, más bien, una forma portadora de ciertas ideas o normas y no podía ser algo más. La cultura de las épocas alto y bajomedieval es, en su esencia, cultura oral. El texto de derecho no era importante de por sí, sino como una expresión de ciertos principios u opiniones. El juez, resolviendo los pleitos, no consultaba textos legales: antes que nada, consultaba a los concedores de derecho. La tradición universitaria, al contrario, empezó a considerar el texto

⁹⁴ Vid. M. A. ISAEV: «Recezione del diritto romano nella Scandinavia» en *Ius Antiquum* (3), 1998, pp. 177-187. El autor subraya que el derecho canónico y la jurisdicción eclesiástica eran el único cauce de la influencia del derecho romano en esta parte de la Europa medieval.

⁹⁵ Vid. O. I. VARIASH: «La ricezione del diritto romano in Portogallo e la trasformazione delle società tradizionali» en *Ius Antiquum* (8), 2001, pp. 124-128.

⁹⁶ Sobre la «nueva jurisprudencia» francesa y sus adeptos tales como André Alciat, Baron Equinaire, Franciscus Daurenus, F. Baudouin, F. Hotman, Gean Coras, Franciscus Connanus y otros vid. M. S. BOBKOVA, «La vie della formazione della scuola nazionale del diritto nella Francia del XVI secolo», en *Ius Antiquum* (3), 1998, pp. 188-195.

⁹⁷ Sobre un pleito escandaloso entre Charles Du Moulin y su hermano Ferry en 1547-1552 sobre una anulación de la donación de patrimonio Miño e influencia del *lex si unquam* del emperador Constantino en la sentencia determinativa del Parlamento de Paris del 12 de abril de 1552, vid. P. JU. UVAROV: «Il caso di Du Moulin», en *Ius Antiquum* (3), 1998, pp. 196-205.

⁹⁸ Vid. I. S. FILIPPOV: «Il diritto romano e la *Vulgata*: diritto, legge, giustizia», en *Ius Antiquum* (4), 1999, pp. 144-166.

como cosa fundamental. Los glosadores no sólo comenzaron a estudiar con más criticismo y profesionalismo textos legales, sino que empleando un método escolástico, les atribuyeron una autoridad superior.

Al mismo tiempo el profesor V. A. Tomsinov tiene dudas de que a ambas tradiciones debiésemos llamarlas tradiciones de «la recepción». El llamado Derecho romano vulgar era un elemento inalienable de la síntesis romano-bárbara, y la Europa medieval no lo había copiado, sino que surgió junto a él. En cuanto a la tradición universitaria, lo que se denomina en este caso «la recepción del Derecho romano», no ha sido otra cosa que un proceso de introducción de los textos antiguos de derecho en el campo intelectual de la cultura medieval. La jurisprudencia no ha sido campo exclusivo para los procesos de este tipo, aunque los filólogos y teólogos, por dar un ejemplo, no emplean en estos casos la expresión «la recepción de los antiguos valores intelectuales».

Finalmente, además de estas dos tradiciones mencionadas, sería necesario hablar también de fenómenos tales como concepciones jurídicas, instituciones, normas, elaboradas sobre la base de los textos romanos en las nuevas prácticas jurídicas para resolver pleitos o regular la nueva realidad social, política y económica en los reinos alto-y bajomedievales⁹⁹.

Otra tradición más de la iushistoriografía rusa para el futuro inmediato es, por lo visto, el estudio de la costumbre como fuente del Derecho y Derecho consuetudinario. Además, pueden surgir también discusiones sobre la importancia de los diferentes sustratos en el Derecho altomedieval de unos y otros países. En todo caso, en los últimos años fueran precisamente los historiadores juristas quienes lo defendieron con una decena de tesis y publicaron algunos trabajos cuyos temas eran dichos conceptos. La verdad sea dicha, muchas de ellas, aunque no están relacionadas directamente con la Europa occidental, sin embargo, conllevan un breve análisis comparativo del derecho europeo. Desgraciadamente, la aplastante mayoría de los investigadores no tienen una idea clara de la esencia del método histórico-jurídico de investigación, el cual, como he señalado, casi desapareció para mediados del siglo pasado. Además, encontramos permanentes contradicciones e inconsecuencias en las ideas de los autores sobre el objeto de investigación¹⁰⁰ y una constante confusión de los conceptos: «derecho consuetudinario», «costumbre» y «costumbre comercial». Por eso con frecuencia no queda claro a qué objeto se dedicaba uno u otro autor. Conocimientos escasos de historia de la Europa medieval en ocasiones llevan a los autores a deformar en sus obras hechos

⁹⁹ V. A. TOMSINOV: «De la esencia del fenómeno calificado en la recepción del derecho romano», en *Boletín de la Universidad de Moscú*, Serie 11, Derecho, 4 (1998), Moscú, pp. 3-17. Vid. también sobre el tema su «L'importanza del diritto romano nella vita sociale dell'Europa occidentale dell' XI-XIII ss.» en *Ius Antiquum* (2), 1997, pp. 112-119. También de V. A. TOMSINOV: «La recezione del diritto romano nell'Europa occidentale in Medioevo: impostazione di problema» en *Ius Antiquum* (3), 1998, pp. 177-187 y «Sul ruolo della cultura romana giuridica nella creazione del diritto comune d'Inghilterra» en *Ius Antiquum* (7), 2000, pp. 138-147.

¹⁰⁰ Vid. sobre este problema mi *Derecho consuetudinario: la ciencia nacional en búsqueda del objeto de una investigación*, en *Boletín del Derecho de Ivanovo-Vozniesensk*, núm. 11 (2001), Ivanovo, pp. 16-25.

históricos ampliamente conocidos. Además, la ignorancia bastante difundida del latín, alemán, francés, inglés etc. y como consecuencia, ignorancia de las obras que han llegado a ser clásicas, de los investigadores de Europa occidental de los ss. XIX a XX, ocasionan pseudo-descubrimientos que no pueden menos de dejarnos perplejos¹⁰¹.

Entre otros temas que atraen cada vez más a los historiadores y inshistoriadores rusos, podría señalar sistemas autónomos del derecho, en particular el Derecho canónico. En la URSS la actitud vigilante hacia este derecho por parte del poder comunista y las persecuciones de la iglesia ortodoxa llevaron al cese completo de sus investigaciones durante un período muy largo. Actualmente los estudios del Derecho canónico desde el punto de vista de su lugar entre otros los sistemas del derecho europeo en la Edad Media; sus fuentes¹⁰², y problemas particulares son temas de una investigación en la historiografía contemporánea. E. W. Kazbekova ha estudiado la aportación al desarrollo del Derecho canónico del Papa Inocencio IV (1243-1254) que fue también un decretalista famoso. La historiadora fija la atención en las relaciones de su *Novellae* con *Decretum Gratianum* y los posteriores *Liber Extra* y *Liber Sextus*, en la influencia de la *schola* sobre el desarrollo de las decretales, así como la influencia de la práctica judicial en la legislación papal y la recepción del Derecho romano en el Derecho canónico¹⁰³.

Concluyendo mi trabajo de evaluación de la producción historiográfica en la Historia del Derecho medieval, me gustaría una vez más destacar que su fin no ha sido sólo el de presentar una descripción completa del estado de nuestra ciencia¹⁰⁴, ha sido más bien el de marcar problemas clave y orientaciones en las que coinciden los intereses de los historiadores que de una u otra manera se dedican al estudio de la Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna de Europa Occidental.

Como he señalado más de una vez, precisamente este período de desarrollo de la Historia del Derecho resultó ser en Rusia el más abandonado en la ciencia jurídica. Este fenómeno explica la existencia de dos mundos paralelos que no se entrecruzan: el mundo de los historiadores y el de los juristas. Esta división artificial en nuestro país hay que tomarla como un hecho real y reconocer que en los próximos decenios sería difícil liquidarla.

Las tesis jurídicas dedicadas a los problemas estrictos de la Edad Media en Europa Occidental que se publican últimamente son casos esporádicos y, ade-

¹⁰¹ Vid. también sobre este problema mi recensión de R. M. ZUMBULIDZE: «Derecho consuetudinario como una fuente del derecho civil», y A. I. POROTICOV: «Costumbre en el derecho comercial», en *La costumbre en el derecho*, San Petersburgo, 2004, en *Jurisprudencia* (3) 2004, pp. 259-269.

¹⁰² E. V. PLESHKOV: *El Derecho canónico en la Europa medieval*, Tesis, Stavropol, 2002.

¹⁰³ E. W. KAZBEKOVA: «Una aportación de Inocencio IV al desarrollo del Derecho canónico en el siglo XIII (según *Novellae*)» en *La Edad Media* (64) 2003, pp. 105-126.

¹⁰⁴ Por ejemplo, fuera del marco de este artículo se queda el resumen de gran cantidad de publicaciones, por parte de los científicos rusos, de diplomas, regestas y documentos notariales medievales de Francia, Alemania, Italia, conservados en los archivos de Moscú y San Petersburgo desde los ss. XVIII-XIX.

más, contienen muchos defectos ya descritos aquí¹⁰⁵. Mientras tanto, los historiadores, prevaleciendo desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, les dictan a los juristas sus reglas de juego y les invitan, sin gran éxito, al diálogo en vivo. En resumen, deberíamos reconocer que la Historia del Derecho europeo medieval como disciplina en Rusia está, más bien, resucitando que existiendo como un fenómeno desarrollado y estable de nuestra vida científica.

Y, por último, me gustaría decir que no sólo estamos empezando a trabajar –como antaño, antes de 1917–, en las bibliotecas extranjeras, sino también en los archivos europeos. Yo diría que es un fenómeno revolucionario. Por ejemplo, en la última década algunos científicos, entre ellos O. N. Barabanov¹⁰⁶, I. S. Filippov¹⁰⁷, A. L. Rogachevsky¹⁰⁸, habiendo trabajado en los archivos, han editado en Rusia magníficos estudios y monografías que, sin la menos duda, serán de interés, también, para nuestros colegas extranjeros. Y para nosotros, la aparición de estos trabajos significa la destrucción de una muralla invisible, pero no menos tenebrosa que la de Berlín, que durante casi siete decenios separaba cuidadosamente a nuestra ciencia de la ciencia de Europa Occidental.

JORGE VLADIMIROVICH SAVENCO

¹⁰⁵ Vid., por ejemplo, F. N. BEGIASHVILI (la Universidad Estatal de Stavropol): *Formación del sistema jurídico nacional en Inglaterra durante el período normando, 1066-1166*, Tesis, Stavropol, 2000. y también R. P. GULIAMOV (Instituto de Humanidades del Cáucaso del Norte), *Traición de lesa Patria en la Inglaterra medieval antes y después del estatuto de 1352*, Rostov del Don, 2004. Vid. también E. V. PLESHKOV: *El Derecho canónico en la Europa medieval*, op. cit.

¹⁰⁶ O. N. BARABANOV (Moscú, discípulo del famoso historiador y catedrático de la Universidad Estatal de Moscú S. P. Karpov) ha trabajado en *Archivio di stato de Génova*. Vid. su monografía *Bartolomeo Bosco. Jurista genovés de los ss. XIV y XV: teoría y práctica del procedimiento civil*, San Petersburgo, 2002.

¹⁰⁷ El autor (catedrático de la Universidad Estatal de Moscú) analizó más de 4.500 cartularios, cartas de negocios jurídicos –donaciones, compras, ventas, cambios, cesiones testamentales de heredades, tierras, viñas– e inventarios que se guardan en archivos del Sur de Francia. Vid. I. S. FILIPPOV: *La Francia mediterránea en la Alta Edad Media*, op. cit.

¹⁰⁸ El autor (abogado de San Petersburgo) ha trabajado en *Königlich Geheim Archiv zu Königsberg* en Berlín (el Archivo Estatal Histórico en Kennigsberg). A. L. ROGACHEVSKY ha publicado la monografía *La carta de Kulm: Monumento del derecho prusiano del s. XII*, Editorial de la Universidad de San Petersburgo, San Petersburgo, 2002. Este iushistoriador completa unos huecos considerables en el tema de la historia de la Orden Teutónica y el derecho de la ciudad de Kulm. Envío también a mi recensión del libro en *Jurisprudencia* (3) 2003, pp. 211-213.

La contribución de F. L. Ganshof a la historiografía feudal europea

Una revisión crítica de la historiografía española en torno al feudalismo ganshofiano

SUMARIO: 1. El feudalismo ganshofiano en la historiografía europea: *a)* El enfoque ganshofiano del feudalismo y su recepción en el medievalismo europeo. *b)* Breves apuntes conclusivos sobre el feudalismo ganshofiano en la actual historiografía europea.–2. El feudalismo ganshofiano en la historiografía española: el desafortunado surgimiento del «dualismo intelectualivo»: *a)* Feudalismo jurídico-institucional versus Feudalismo económico-social o versus Sociedad Feudal. *b)* Causas. La ideologización del discurso y los embates institucionales y marxistas. *c)* Consecuencias.–3. Una propuesta metodológica integradora: de la contraposición a la complementariedad. De la *realidad social dislocada* a una visión integradora del complejo sistema feudal en sus diversas esferas: *a)* La esfera jurídico-política (F. L. Ganshof). *b)* La esfera social (M. Bloch). *c)* La esfera económica (ciertas corrientes marxistas). *d)* La esfera ideológico-cultural

El 26 de junio de este año (2005) se cumple el 25 aniversario del fallecimiento François Louis Ganshof († 26 de junio de 1980), uno de los más destacados medievalistas del siglo XX, cuya obra científica ha dejado una huella indeleble, propio de quien le corresponde un destacado puesto entre la nómina de los grandes historiadores de la Europa contemporánea.

Entre las diversas materias sobre las que se ocupó este insigne historiador, conviene destacar el feudalismo, temática sobre la que publicó un estudio monográfico (*Qu'est-ce que la féodalité*, 1944) –considerado ya clásico–, así como numerosos artículos, publicados en diversas revistas y actas de congresos.

El enfoque ganshofiano del feudalismo terminaría ejerciendo un gran influjo sobre la historiografía no sólo flamenca sino europea en general, origi-

nando una corriente historiográfica que, guiando el quehacer científico de un gran número de prestigiosos medievalistas a lo largo de la segunda mitad del siglo xx, recibió el nombre de *Feudalismo clásico*, según tendremos ocasión de ver.

Se convertía así la obra de Ganshof en punto de referencia ineludible para todo estudioso que pretendiera ocuparse de la temática feudal, siguiendo o no –metodológicamente– su estela, con todos los inconvenientes y peligros que conlleva la lectura e interpretación de cualquier aportación historiográfica ajena: simplificar, generalizar, exagerar, reducir, extrapolar, etc., es decir, malinterpretar.

¿Hasta qué punto coinciden el feudalismo de Ganshof y el posterior *Feudalismo clásico* manejado por la propia historiografía? ¿En qué medida ha terminado siendo la propia historiografía la que ha contrapuesto los enfoques diversos –y, en algunos casos, complementarios en un principio– sobre el feudalismo?

Precisamente porque actualmente apenas nadie presta atención a esta cuestión que tanta controversia suscitó en la segunda mitad del siglo pasado, y aprovechando el aniversario del fallecimiento de Ganshof, máximo exponente del *Feudalismo clásico*, nos disponemos a realizar, apaciguados ya los ánimos y en un tono sosegado, un breve estudio sobre la contribución ganshofiana al medievalismo europeo, prestando especial atención al influjo que ejerció su interpretación del feudalismo sobre la historiografía europea, y particularmente sobre la española.

Abordada ya en otra ocasión la vida y obra científica de Ganshof ¹, ahora pretendemos llevar a cabo un análisis del feudalismo ganshofiano en la historiografía europea (1.ª parte), centrándonos particularmente en la española (2.ª parte), para terminar elevando a la historiografía actual una propuesta metodológica integradora de la cuestión feudal, trocando la contraposición en complementariedad y ofreciendo así una visión integradora del complejo sistema feudal en sus diversas esferas (3.ª parte).

1. EL FEUDALISMO GANSHOFIANO EN LA HISTORIOGRAFÍA EUROPEA

El feudalismo constituyó probablemente el ámbito temático del que más se ocupó en su quehacer investigador. De hecho, una de sus publicaciones tempranas versó sobre esta materia, temática a la que terminaría dedicándose durante toda su vasta trayectoria científica. No es extraño por ello que Ganshof

¹ Al respecto, véase HEIRBAUT, Dirk / MASFERRER, Aniceto: «François Louis Ganshof», *Rewriting the Middle Ages in the Twentieth Century* (Jaume Aurell and Francisco Crosas, eds.), Brepols, Turnhout, 2005, pp. 223-242; sin perjuicio de la autoría común del presente estudio, así como de las concretas tesis que se recogen, en concreto dirk Heirbaut ha redactado el apartado 1.º, mientras Aniceto Masferrer se ha hecho cargo de los apartados 2.º y 3.º

sea conocido, sobre todo, por su estudio en torno al feudalismo. Los americanos hablan del «Ganshof del feudalismo»; otros acuñarían más tarde la expresión «feudalismo ganshofiano»². Y es que Ganshof, como consignamos al principio de este estudio, escribió muchos artículos acerca del feudalismo, en especial sobre los tribunales feudales³ y la relación beneficio-vasallaje⁴.

No obstante, su fama se debe principalmente, como se dijo, a su libro titulado *Qu'est-ce que la féodalité*, publicado por vez primera en francés en 1944, si bien posteriormente, al ser reeditado en numerosas ocasiones, se tradujo al inglés, alemán, español, portugués y japonés⁵. En algunos casos esas traducciones también fueron reeditadas. Este pequeño libro no quedó aislado, pues en los años anteriores y posteriores a la Segunda Guerra Mundial muchos otros estudiosos abordaron el estudio del feudalismo, según veremos. Surgía así una corriente historiográfica que presentaba el mundo feudal desde una concreta perspectiva, recibiendo tiempo después la denominación de *Feudalismo clásico*.

Pese a que los autores clásicos del feudalismo pudieran discrepar en algunas cuestiones, compartían sin embargo algunas premisas generales.

Sostenían que la época clásica del feudalismo era la Alta Edad Media (siglos X-XIII), lo que implicó dos cosas: en primer lugar, consideraban el feudalismo como un elemento central de la sociedad altomedieval, hasta el punto de que pudiera hablarse de una «sociedad feudal»; en segundo lugar, apuntaban que fue en la Alta Edad Media cuando el feudalismo gozó de su máximo esplendor, pues mientras en la época carolingia se encontraba en su infancia, a partir de 1300 fue relevante sólo en el ámbito del Derecho privado (no en el público).

Este feudalismo clásico altomedieval se consideraba como el propio (o típico) de la zona central del Imperio carolingio, de la Francia norteña, de la Alemania occidental y de las regiones intermedias, no encontrándose un *feudalismo puro* (o pleno) en las zonas periféricas.

El feudalismo de los Estados que resultaron del Imperio carolingio fue visto como un elemento de desintegración, una energía centrífuga, y que había contribuido a la desintegración del Estado de Carlomagno.

² Véase WICKHAM, C.: «Structures féodales et féodalisme dans l'Occident Méditerranéen (Xe-XIIIe siècles). Bilan et perspectives de recherche» (Rome, 1980), *English Historical Review* 97 (1982), pp. 835-837.

³ Por ejemplo, «Note sur la compétence des cours féodales en France», *Mélanges d'histoire offerts à Henri Pirenne*, Vromant, Brussels, 1926, pp. 161-170.

⁴ Véase «Note sur les origines de l'union du bénéfice avec la vassalité», *Etudes d'histoire dédiées à la mémoire de Henri Pirenne*, Nouvelle société d'édition, Brussels, 1937, pp. 173-190.

⁵ *Qu'est-ce que la féodalité*, Bruselas, 1944 (ediciones posteriores, 1947, 1957, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, Tallandier Paris, 1982; traducción al inglés, Longman, London, 1952, later editions, Harper & Row, New York, 1961, Longan/ Harper & Row, London/New York, 1964, University of Toronto Press, Toronto, 1996; traducción al portugués, Publicações Europa-America, Lisbon, 1959; traducción al alemán, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1961, ediciones posteriores, 1967, 1970, 1975, 1983, 1989; traducción al español, con apéndice de L. García de Valdeavellano, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963; traducción al japonés, Tokyo, 1968; traducción al italiano, Einaudi, Turin, 1989).

Ahora bien, dentro de esta corriente clásica deben distinguirse dos tendencias. Mientras algunos autores se centraron en los aspectos socio-políticos del feudalismo, es decir, en la sociedad feudal (el francés Marc Bloch constituye el ejemplo paradigmático), otros se centraron en el estudio de sus elementos institucionales, conscientes de que éstos no agotaban sin embargo toda la riqueza y complejidad del feudalismo como realidad social (opción ganshofiana)⁶, consciencia que en ocasiones ha caído en el olvido en la historiografía posterior (tanto entre los defensores como entre los detractores de Ganshof), traicionando así –y contradiciendo en parte– el propio pensamiento ganshofiano.

A esta visión más institucional o jurídico-pública del feudalismo se le ha denominado *feudalismo ganshofiano*. Se trata de una perspectiva del feudalismo tan centrada en los elementos jurídico-institucionales que termina identificándose en buena medida con el Derecho feudal.

Ahora bien, conviene precisar e insistir en que, pese a ese enfoque jurídico-institucional, Ganshof no estaba en contra de una visión del feudalismo más de conjunto, ni se opuso jamás –en contra de lo que pudiera pensarse– a la idea de una sociedad feudal⁷. En efecto, no sólo no se oponía al estudio del feudalismo en un contexto más amplio que el estrictamente institucional, sino que veía con buenos ojos y tenía en gran estima la *Société féodale* de March Bloch, para la que tan sólo tenía palabras de elogio.

Cuando Ganshof, discípulo de Henri Pirenne, publica por vez primera su estudio –ya clásico– sobre el feudalismo conoce bien la obra de Bloch, sobre quien también ejerció un gran influjo el propio maestro del historiador belga⁸.

No parece en este sentido, pues, que el diverso enfoque de sus estudios levantara suspicacias ni desencuentros de ningún tipo, como en ocasiones se ha podido dar a entender por la historiografía posterior.

Efectivamente, aunque en ocasiones hayan podido presentarse como antagónicas o incompatibles las concepciones del feudalismo sostenidas por Marc Bloch y Ganshof, lo cierto es que éste las consideraba más bien complementarias, como si se tratara de una misma realidad vista desde perspectivas distintas. Se entiende mejor así que, en ocasiones, el propio Ganshof no vacile en

⁶ Como se desprende claramente de su definición del feudalismo: «..., la féodalité peut être définie comme un ensemble d'institutions créant et régissant des obligations d'obéissance et de service –principalement militaire– de la part d'un homme libre, dit "vassal", envers un homme libre dit "seigneur", et des obligations de protection et d'entretien de la part du "seigneur" à l'égard du "vassal"; l'obligation d'entretien ayant le plus souvent pour effet la concession par le seigneur au vassal d'un bien dit "fief"» (*Qu'est-ce que la féodalité*, p. 13, edición de 1982).

⁷ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

⁸ Al respecto, LYON, Bryce: «Marc Bloch: historian», *French Historical Studies* 15, II (Autumn 1987), pp. 202 y 203; VERHULST, Adriaan: «Ganshof, François Louis», *Nouvelle Biographie Nationale*, Académie Royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique, Bruxelles, 1999, vol. 5, pp. 171-174; GOLDMAN, Hal: «Marc Bloch: Israélite de France», *History Review* 6 (December 1994), nota 54 (puede consultarse también en <http://www.uvm.edu/~hag/histreview/vol6/>; fecha de consulta: 28 enero 2005); así como nuestro estudio HEIRBAUT/MASFERRER: «François Louis Ganshof», ya citado en la nota primera, y demás bibliografía recogida en el mismo.

poner de manifiesto su absoluta conformidad con el parecer del historiador francés, como sucede al tratar la expresión *feudo*, de la que afirma que «la que nos dio Marc Bloch sigue pareciéndonos la más satisfactoria»⁹.

En esta línea, al abordar la fidelidad de los vasallos que, referida «a bienes enajenables, en lugar de a bienes difícilmente enajenables [...], la fidelidad del vasallo se puso en venta», respecto a lo cual recoge en nota a pie de página «como espiritual y justamente ha escrito Marc Bloch»¹⁰. Además, al recoger, al final de su estudio, un elenco bibliográfico relativo al feudalismo en general cita la obra clásica al respecto del autor francés, a la que califica como «una de las obras maestras de la historiografía contemporánea», y añade: «el autor estudia en ella el feudalismo, sobre todo como fenómeno social de la época, con ayuda de una documentación de una variedad y una extensión sorprendentes. Excelente bibliografía»¹¹.

Es más, Ganshof deja claro al principio de su obra el concreto enfoque desde el que se dispone a estudiar el feudalismo, reconociendo que esta temática va mucho más allá y tiene un mayor alcance del que él se ve capaz de presentar, lo cual encaja bastante bien con su marcada modestia, tan característica de su personalidad. Reconoce incluso expresamente la existencia de una *sociedad feudal*, de la que él tan sólo va a exponer los aspectos jurídico-institucionales. Leamos ahora al respecto el tenor literal de sus palabras:

«En las páginas que siguen no trataremos más que del feudalismo en el sentido estricto, técnico, jurídico, de la palabra. La estructura de la sociedad o del Estado sólo interviene en nuestra exposición en la medida en que haya ejercido una acción directa sobre las instituciones feudo-vasalláticas o sufrido su acción. Además, incurriríamos en una temeridad excesiva si intentáramos ofrecer, dentro de los límites que nos hemos impuesto, un resumen, aunque fuera muy sumario, de la *sociedad feudal*. El lector, sin embargo, estará mejor preparado para comprender esta sociedad cuando haya aprendido lo que era un señor, un vasallo, un feudo, y qué relaciones de derecho existían entre ellos»¹².

¿Qué pretendió Ganshof, pues, en su estudio? Lo que pretendió fue tan sólo asegurar y garantizar que no se eludieran los aspectos jurídico-institucionales que configuraban la base del feudalismo como realidad jurídica. Pero era perfectamente consciente de que el feudalismo era una realidad mucho más compleja, cuyo alcance no se limitaba a lo meramente institucional.

En esta línea, cuando Ganshof, refiriéndose a los siglos X, XI, XII y XIII, habla de la «época clásica del feudalismo», elige este periodo cronológico «en que se constituye en un sistema de instituciones verdaderamente vivas», lo hace porque es el que mejor se aviene a su enfoque institucional, sin que ello

⁹ GANSHOF, F. L.: *El feudalismo* (manejamos desde ahora la versión vertida al castellano, y editada en Barcelona, Ariel, 1975), p. 164.

¹⁰ GANSHOF, *El feudalismo*, p. 228.

¹¹ GANSHOF, *El feudalismo*, p. 250.

¹² GANSHOF, *El feudalismo*, p. 18.

suponga negar la existencia del feudalismo en «los siglos posteriores a la época clásica», por los que reconoce «pasar por ellos con mucha mayor rapidez»¹³.

Asimismo, tampoco parece negar la existencia del feudalismo en España, si bien es cierto que, desde la perspectiva estrictamente institucional –no integral, según reconoce él mismo–, consigna que «aparte del Condado de Barcelona, surgido de la Marca Hispánica carolingia, y unido, por lo menos teóricamente, a Francia hasta el año 1258, debemos catalogar aparte el feudalismo español. Las circunstancias históricas de su constitución originaron instituciones bastante diferentes de las que hallamos al Norte de los Pirineos»¹⁴.

«Catalogar aparte el feudalismo español» (con la excepción del Principado catalán) desde una perspectiva institucional no es negar la existencia del feudalismo en España, sino poner de manifiesto las diferencias existentes tan sólo desde el punto de vista estrictamente institucional o jurídico-público, tema sobre el que ya volveremos.

El propio Ganshof no duda a veces en poner de relieve que determinadas expresiones que él maneja en su sentido más técnico, tienen a su vez significados y sentidos más generales. El término *feudo* es un buen ejemplo de ello.

En concreto, reconoce Ganshof que «en ciertas regiones, *feodum*, *fief* y *fieffe*, tuvieron junto a su sentido técnico un significado más general [...] empleados para designar toda clase de tenencias. De donde –y para evitar la anfibología– la costumbre cada vez más extendida de calificar de *feodum militis*, feudo de caballero, la tenencia del vasallo»¹⁵, realidad que él mismo constató en Alemania, Inglaterra y Francia¹⁶.

Por aquel entonces, Ganshof no se encontraba solo estudiando el feudalismo en su vertiente jurídica. Piénsese, si no, en las obras de Didier (acerca de la ley feudal en Hainault)¹⁷ o de Mitteis (*Lehnrecht und Staatsgewalt*)¹⁸, tan

¹³ GANSHOF, *El feudalismo*, p. 19.

¹⁴ GANSHOF, *El feudalismo*, p. 106.

¹⁵ GANSHOF, *El feudalismo*, p. 168.

¹⁶ «La expresión *feodum militare* también se empleó en Lotaringia y otras partes de Alemania de la época, para diferenciar claramente el verdadero feudo, de las tenencias concedidas a ciertos servidores» (GANSHOF, *El feudalismo*, p. 168). «En Inglaterra *feodum*, que parece se empleó en su acepción técnica inmediatamente después de la Conquista, tomó rápidamente el sentido de tenencia libre y hereditaria. Por ello se acostumbraba precisar que un vasallo detentaba su tierra per *militare servitium* (*in knight's service*) y a emplear de un modo progresivamente generalizado a lo largo del siglo XII, y sobre todo en el XIII, la expresión *feodum milites* (*knighth's fee*) para designar la tenencia del vasallo» (GANSHOF, *El feudalismo*, p. 169). «Por lo que respecta a Francia, es necesario hacer distinciones. Nos ha parecido encontrar, en cartas del Languedoc de los siglos X y XI, la noción de dotación de un cargo, público o no, tenido generalmente en feudo. Pero en los siglos XII y XIII, la palabra se aplica sin más a una señoría, incluso alodial. En el oeste, durante el siglo XI, *honor* se utiliza a veces para designar un condado tenido en beneficio. Sin embargo, lo más corriente en los documentos franceses fue utilizar *honor* como simple sinónimo de *foedum*. Preferentemente, para designar un feudo de cierta importancia, aunque no necesariamente un *fief de dignité*, es decir, un feudo cuyo titular sea vizconde, conde, duque, etc.» (GANSHOF, *El feudalismo*, pp. 178-179).

¹⁷ DIDIER, Noël: *Le droit des fiefs dans la coutume de Hainaut au moyen âge*. Picard, Paris, 1945.

¹⁸ MITTEIS, H.: *Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte*. Böhlau, Weimar, 1933.

rigurosas como la de Ganshof, y en ocasiones incluso elaboradas sobre la base de un estudio más detallado de las fuentes. Sin embargo, estos libros nunca fueron reimpresos, mientras que la *Qu'est-ce que la féodalité* de Ganshof sigue actualmente reimprimiéndose. Su éxito quizá se explica en buena medida por su título, que plantea una cuestión que interesa a todo estudioso de la Edad Media: *¿Qué es el feudalismo?*

Y es que en Ganshof se encuentra ciertamente una respuesta clara a esa pregunta. Su libro puede leerse a modo de manual jurídico. Su claridad conceptual y expositiva resulta notoria. No se basa en una teoría abstracta, sino en un conocimiento muy erudito y detallado de las fuentes. Si bien es cierto que la erudición y la calidad docente no siempre van de la mano, en este libro se emparejan perfectamente, y pensamos que ésta fue, en parte, la clave de su éxito. Uno puede leer bibliotecas enteras –si se me permite esta exageración– sobre feudalismo sin sacar una idea clara. Sin embargo, una lectura detenida del estudio de Ganshof resulta suficiente para entender las claves fundamentales del feudalismo en su vertiente más técnica o jurídico-institucional.

Otro atractivo de esta obra es el acarreo de las nuevas investigaciones, tanto las del propio Ganshof como las de otros estudiosos en la materia¹⁹. Téngase en cuenta que, entre los numerosos artículos de Ganshof dedicados al feudalismo, en su etapa final se centró en el del período carolingio²⁰.

a) **El enfoque ganshofiano del feudalismo y su recepción en el medievalismo europeo**

Ya apuntamos que dentro de la corriente clásica del feudalismo conviene distinguir dos tendencias, esto es, la de quienes se centraron en sus aspectos socio-políticos (*La sociedad feudal*, de Marc Bloch), y la de quienes optaron por el estudio de sus elementos institucionales, que fue –como se dijo– la opción ganshofiana. En una u otra tendencia se encontraban una pléyade de prestigiosos historiadores que estudiaban la realidad feudal desde una perspectiva más bien institucional. Es el caso de Heinrich Mitteis, Joseph Calmette, Marc Bloch, Robert Boutruche, Léopold Génicot y Noël Didier, entre otros²¹.

La aportación ganshofiana a la compleja realidad feudal no cayó en saco roto y la reacción historiográfica apenas se hizo esperar, lo cual vino a manifestar, de entrada, la rápida difusión y acogida de que gozaron las tesis ganshofianas entre los estudiosos del feudalismo en casi toda Europa. Al poco

¹⁹ La última actualización realizada por el propio Ganshof puede verse en la edición alemana de 1975, aunque la edición francesa 1982 contiene una bibliografía más reciente.

²⁰ Por ejemplo, «L'origine des rapports féodo-vassaliques: les rapports féodo-vassaliques dans la monarchie franque au nord des Alpes à l'époque carolingienne», *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo*, Spoleto, I, 1954, pp. 3-45.

²¹ Para un elenco de estas referencias bibliográficas, véase la bibliografía recogida en la edición de 1982.

tiempo, puede decirse que la *perspectiva ganshofiana del feudalismo* raramente dejaba indiferente a quienes se adentraban en la historia del feudalismo, sintiéndose éstos interpelados y en la tesitura de posicionarse a favor o en contra y, en cualquier caso, compelidos a citar la obra de Ganshof, bien para encumbrarla, bien para demolerla, bien para alejar simplemente la más remota sospecha de su desconocimiento, suficiente para irrogar sobre el estudioso una culpa y mancha irremisibles.

¿A qué se debió el enorme eco historiográfico de alcance europeo suscitado al poco tiempo de la publicación de la obra de Ganshof?

Sin ánimo de simplificar lo de por sí ciertamente complejo, cabe afirmar, a nuestro juicio, que la encendida controversia historiográfica en torno a la noción de feudalismo y, más en concreto, respecto a la perspectiva ganshofiana, se debió en buena parte al inmediato surgimiento de una *concepción socioeconómica*, extremadamente amplia del feudalismo, auspiciada y defendida con inusitada vehemencia por corrientes afines al pensamiento marxista, introduciendo así en el debate científico un elemento ideológico que vino a marcar y a condicionar en demasía los derroteros por los que ha discurrido la historiografía de toda la segunda mitad del siglo xx, tanto en Europa como en España, según veremos.

En efecto, resulta difícil imaginar el surgimiento de un debate tan encendido sobre la *cuestión feudal* sin la aparición de la obra de Maurice Dobb (*Studies in the development of capitalism*, 1946), publicada tan sólo dos años después del estudio ganshofiano, así como la posterior de otros estudiosos de ideología marxista como Sweezy, Bois y Kula, entre otros en Europa²², o Moreta²³, Vigil y Barbero²⁴ en España, por citar ahora unos pocos²⁵.

La *ideologización* del debate historiográfico en torno a la noción de feudalismo se hizo notar en casi todos los países del entorno europeo, constituyendo

²² Resultaría farragoso recoger aquí siquiera una parte de la producción científica de quienes sostienen (o sostuvieron) una concepción marxista del feudalismo; sin embargo véanse, por ejemplo, BOIS, G.: *Crise de Féodalisme, économie rurale et démographie en Normandie orientale du début du 14^e siècle au milieu du 16^e siècle*, París, 1976; KULA, W.: *Teoría económica del sistema feudal*, Madrid, 1974; VILAR, Pierre: «El tiempo del Quijote», *Crecimiento y Desarrollo* (versión española del francés publicada en *Europe*, 1956), Barcelona, 1964; SALOMON, Noel: *La campagne de Nouvelle Castille à la fin du XVI^e siècle d'après les Relaciones Topográficas*, París, 1964, pp. 303 ss.; otra obra clásica con diversas aportaciones, todas ellas de cuño marxista, es la de PARAIN, Ch., VILAR, P. (y otros): *El Feudalismo*, prólogo de Julio Valdeón (traduc. de M.L. Ortiz y J. Munárriz), Madrid, Ediciones Endymion, 1972 (manejamos la 4.^a edición, 1992).

²³ MORETA, S.: *Rentas monásticas en Castilla. Problemas de método*, Salamanca, 1974; del mismo autor: «Castilla-León: una sociedad feudal», *Historia* 16, 53 (1980), pp. 110-117.

²⁴ BARBERO, A./VIGIL, M.: *La formación del feudalismo en la Península Ibérica*, Barcelona, 1978 (manejamos la 3.^a edic., Editorial Crítica, Barcelona, 1982).

²⁵ Otro estudioso al que cabría citar aquí, si bien provenía en un principio de la corriente institucionalista, es CLAVERO, Bartolomé: *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*. Madrid, 1974; una sintética –y a su vez, clarificadora– exposición de las fundamentales corrientes historiográficas al respecto puede verse en ESCUDERO, José Antonio: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid, 2003, pp. 375 ss.

probablemente el caso español, uno de los más marcados, pues propició –como se ha dicho en alguna ocasión– un estéril *dualismo intelectual*²⁶, que ha conducido a una malentendida *bipolaridad del feudalismo*²⁷, presentando como antagónicos e irreconciliables planteamientos y perspectivas complementarias, complementariedad que ha pasado desapercibida precisamente debido a la mencionada *ideologización* que ha emponzoñado el propio debate historiográfico, que desafortunadamente ha tenido en muchas ocasiones más de político que de científico.

Así las cosas, no es extraño que la enconada controversia por la cuestión feudal se haya asemejado más bien a «una guerra de sordos entre ambas concepciones del feudalismo»²⁸. Y es que, a nuestro juicio, ha sido más grave, pues *no hay peores oídos que los que no quieren oír*, ni atenerse a razones que puedan dar al traste con los propios prejuicios o presupuestos ideológicos (y, consiguientemente, metodológicos) de los que se parte.

Al margen del caso español –del que en breve nos ocuparemos–, Francia es el país europeo cuya historiografía ha invertido mayores esfuerzos por ofrecer una correcta noción de feudalismo²⁹, incluso con anterioridad a la obra de Bloch³⁰.

Entre los estudiosos franceses consagrados a la cuestión feudal, es comprensible que varios de ellos optaran por seguir las tesis feudales de su compatriota, apareciendo citado Ganshof en menor medida que Bloch³¹.

Sin embargo, tampoco vaya a pensarse que el medievalista francés –de origen judío– tuvo siempre una especial acogida, pues en Francia –a diferencia

²⁶ Expresión empleada por Reyna Pastor en su estudio preliminar a la obra de BONNASSIE, Pierre/BISSON, Thomas N./PASTOR, Reyna/et altri: *Estructuras feudales y feudalismo en el mundo mediterráneo* (versión traducida del francés por J. Faci y O. Pellisa, École Française de Rome, 1980). Barcelona, Editorial Crítica, 1984, p. 8.

²⁷ VALDEÓN BARUQUE, Julio: «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», *Les origines de la féodalité. Hommage à Claudio Sánchez Albornoz*, Collection de la Casa de Velázquez, n. 69, Universidad de Alcalá, Madrid, 2000, p. 229.

²⁸ Cuestión planteada por Valdeón en su estudio preliminar a la obra de PARAIN, Ch./VILAR, P. (y otros), *El Feudalismo*, ya citada, p. 12.

²⁹ BOURNAZEL, Éric/POLY, Jean-Pierre (eds.): *Les féodalités*, París, 1998; ésta es, sin duda, la mejor obra y la más actualizada hasta el momento, pues recoge la historiografía feudal de varios países europeos; en la Introducción («Qu'est-ce qu'un système féodal? Ou introduction à l'étude du gouvernement féodal», pp. 3-12), escrita por los propios editores de la obra, se recogen las diversas corrientes historiográficas existentes en Francia sobre el feudalismo. Se cita en primer lugar la obra de Ganshof, y luego la de M. Bloch (p. 4, notas 2 y 3).

³⁰ En efecto, antes de la obra de Bloch, la historiografía francesa ya se había ocupado del feudalismo (véase AUBENAS, R.: «Les châteaux forts des Xe et XIe siècles. Contribution à l'étude des origines de la féodalité», *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 17 (1938), pp. 548-586, y demás referencias bibliográficas recogidas en su primera nota al pie); más antigua todavía es la obra de BOUTARIC, E.: *Des origines et de l'établissement du régime féodal et particulièrement de l'immunité*, París, 1875.

³¹ Véanse, por ejemplo, *L'abolition de la Féodalité dans le monde occidental*, Colloques Internationaux du Centre National de la Recherche Scientifique. Sciences Humaines. Toulouse, 12-16 novembre 1968. Tomes I et II. París, 1971; en esta obra no he visto ninguna cita a la obra de Ganshof, sí alguna –tampoco demasiadas– de Bloch. La temática versa más sobre la disolución del

de España, como se verá— la obra de Bloch no satisfizo por completo a quienes defendían una concepción marxista del feudalismo, postura que tuvo un especial predicamento en tierras francesas³².

Algunos autores, contraponiendo la perspectiva ganshofiana a la de Bloch, prefirieron alinearse a la obra de éste³³. En este sentido, conviene no olvidar que la teoría de M. Bloch sobre la *sociedad feudal* fue tomada como modelo en numerosos estudios posteriores elaborados por medievalistas de la talla de G. Duby, G. Devailly, R. Fossier, E. Magnou-Nortier, J. P. Poly, P. Bonnassie y P. Toubert.

Otros, atendiendo quizá al carácter complementario de ambas perspectivas, optaron por apoyar sus tesis tanto en Ganshof como en Bloch³⁴.

En la historiografía italiana la controversia suscitada entre defensores y detractores de la perspectiva ganshofiana fue menor, y apenas se ha contrapuesto —como en Francia y España— el feudalismo de Ganshof al de Bloch, si bien las citas de este último son ligeramente superiores a las del medievalista

régimen señorial que de la abolición del feudalismo propiamente, como bien se pone de manifiesto en el artículo de DOMÍNGUEZ-ORTIZ, Antonio: «La fin du régime seigneurial en Espagne», T. 1, pp. 315-321. Quizás es precisamente esta visión socio-económica del feudalismo lo que hace que Ganshof goce, entre todos estos estudiosos, de nulo predicamento. Existen, sin embargo, otros autores que, como Domínguez-Ortiz, prefieren hablar de la abolición del *régimen señorial* en vez de *feudalismo*; POLY, Jean-Pierre/BOURNAZEL, Éric: *La mutation féodale. Xe-XIIIe siècle*, París, 1980 (2e édit., 1991); describiendo de entrada las dos grandes tesis sobre el feudalismo, la jurídico-institucional (Ganshof) y la socio-económica (Bloch), parte de la primera (cita más a Ganshof que a Bloch a lo largo del estudio) para llegar a una postura que podría denominarse de «dinamismo político-institucional», que se adhiere más al planteamiento del historiador francés que al del belga. Como conclusión, señala: «L'Etat contre la Feodalité? Plutôt, l'Etat par la Feodalité» (p. 515). Entiende, pues, el feudalismo como una etapa esencial hacia la formación del Estado;

³² Entre éstos, cabe destacar a algunos como DUBY, Georges: *Féodalité*, París, 1996; se trata de una voluminosa obra (de unas 1.500 páginas) que, recogiendo varios trabajos de este autor en torno al feudalismo, cita varias veces a Bloch y ninguna a Ganshof (como si no existiera); del mismo autor: *Los tres órdenes o lo imaginario del feudalismo* (versión traducida del francés por Arturo R. Firpo, Éditions Gallimard, 1978), Madrid, 1980; PARAIN, Ch./VILAR, P. (y otros): *El Feudalismo*, prólogo de Julio Valdeón (traduc. de M. L. Ortiz y J. Munárriz). Madrid, Ediciones Endymion, 1972 (manejamos la 4.ª edición, 1992); y GUERREAU, Alain: *El feudalismo. Un horizonte teórico* (versión traducida del francés por J. Lorente, París, 1980), Barcelona, Editorial Crítica, 1984; Guerreau realiza en este estudio una crítica mordaz a las definiciones de feudalismo elaboradas por M. Bloch (pp. 81-83), Ganshof (pp. 83-86, al que reprocha incurrir en un doble sofismo y tener una concepción *realista* y del todo ahistórica del sentido de las palabras, p. 84) y Boutruche (pp. 86-89), entre otros (pp. 89 ss.).

³³ Un ejemplo de ello puede verse en BONNASSIE, Pierre/BISSON, Thomas N./PASTOR, Reynaet altri: *Estructuras feudales y feudalismo en el mundo mediterráneo* (versión traducida del francés por J. Faci y O. Pellisa, École Française de Rome, 1980), Barcelona, Editorial Crítica, 1984; unos años después, Bois, Guy: *La Mutation de l'An Mil. Lournand, Village mâconnais, de l'Antiquité au féodalisme*, París, 1989 (o en versión alemana: *Umbruch im Jahr 1000. Lournand bei Cluny – ein Dorf in Frankreich zwischen Spätantike und Feudalherrschaft*, Stuttgart, 1993).

³⁴ Ejemplo paradigmático de este modo de proceder puede verse en BOUTRUCHE, Robert: *Une Société Provinciale en lutte contre le Régime féodal. L'Alleu en Bordelais et en Bazadais du XIe au XVIIIe siècle*, Rodez, 1947; del mismo autor: *Seigneurie et féodalité*, París, 1969 (o *Señorío y feudalismo*, versión traduc. del francés por M. B. Pontieri, I. Los vínculos de dependencia. Madrid, 1980).

belga³⁵. Por otra parte, mientras algunos autores se adhieren a la línea marcada por Bloch, omitiendo casi cualquier referencia a Ganshof³⁶, otros se limitan a recoger la cita de rigor a ambos al principio del estudio³⁷, por no decir nada de quienes prefieren omitir referencia alguna a cualquiera de los dos³⁸.

Tampoco en Alemania escasean los estudiosos que optan por recoger la cita de rigor a ambos medievalistas, eludiendo así la enojosa e infructuosa polémica³⁹. Otros, omitiendo tales citas de rigor, terminan presentando una noción integradora de feudalismo, probablemente más estricta que la de Ganshof, pues mientras éste presentó una concreta visión o perspectiva de la realidad feudal, Hintze –por ejemplo– pretende dar un concepto integrador excluyente⁴⁰.

La historiografía anglosajona es probablemente, junto con la española –respecto a ésta, al menos hasta los años setenta–, la que más asiduamente ha seguido la estela feudal ganshofiana. Son bien conocidas, en este sentido, las buenas relaciones que Ganshof tuvo con el mundo anglosajón⁴¹, lo que expli-

³⁵ BRANCOLI BUSDRAGHI, Piero: *La formazione storica del feudo lombardo come diritto reale*, Spoleto, 1999 (2a edic.; 1a edic., 1965); cita tanto a Bloch como a Ganshof, aunque un poco más al primero; CUOZZO, Errico: «Quei maledetti normanni». *Cavaliere e organizzazione militare nel mezzogiorno normanno*, Napoli, 1989; cita a ambos, aunque más a Bloch; GOLINELLI, Paolo (ed.): *I poteri dei Canossa. Da reggio Emilia all'Europa*, Atti del convegno internazionale di studi (Reggio Emilia – Carpineti, 29-31 ottobre 1992), Bologna, 1994; entre las aportaciones de unos 30 estudiosos italianos, apenas se cita a Bloch (tres veces) y a Ganshof (una sola vez); *Chiesa e mondo feudale nei secoli X-XII. Atti della dodicesima Settimana internazionale di studio (Mendola, 24-28 agosto 1992)*, Milano, 1995; en esta obra aparecen citados ambos varias veces en distintos artículos (sobre todo, los de estudiosos alemanes e italianos).

³⁶ AGO, Renata: *La feudalità in età moderna*, Roma-Bari, 1994; sigue completamente la línea de Bloch, tal como se refleja desde las primeras páginas introductorias, así como por la bibliografía que maneja: tan sólo maneja una sola obra –y secundaria– de Ganshof, y varias –las más relevantes– de Bloch.

³⁷ MENANT, François: *Lombardia feudale. Studi sull'aristocrazia padana nei secoli X-XIII*, Milano, 1992; tan sólo aparece una referencia a ambos autores (Bloch y Ganshof) en la presentación (p. XII).

³⁸ CARIDI, Giuseppe: *Uno «Stato» feudale nel mezzogiorno spagnolo*, Roma, 1988.

³⁹ BENDER, Karl-Heinz: *König und Vasall. Untersuchungen zur Chanson de geste des XII. Jahrhunderts*, Heidelberg, 1967; cita a Bloch, no a Ganshof; RODE, Burkhard/WEBER, Siegrid: *Zur Entstehung des Feudalismus in Europa. Studien zur sozialen und juristischen Entwicklung der germanischen Stämme beim Übergang zum Feudalismus*, Berlín, 1988; apenas cita a Bloch y a Ganshof (y de éste, obras secundarias); STEIDLE, Hans: *Die Entstehung der frühmittelalterlichen Gesellschaft in Ostfranken. Ein Beitrag zur frühmittelalterlichen Gesellschaftsgeschichte und Feudalismusforschung*, Würzburg, 1989; cita una sola vez a ambos en dos de las primeras notas.

⁴⁰ HINTZE, Otto: *Feudalismo – Capitalismo (recopilación de Gerhard Oestreich)*. Traducido del alemán por J. Faber (Gotinga, 1970), Barcelona, Editorial Alfa, 1987; según señala Oestreich en su introducción, en Hintze «el feudalismo es analizado y definido en su trinidad como fenómeno militar, político y económico-social. Se trata de las tres funciones con las que se manifiesta el feudalismo (...). Tan sólo donde aparecen unidas estas tres funciones habla Hintze de feudalismo como sistema de organización, pero no donde sólo se pueda mostrar uno u otro de estos factores o un esbozo de ellos» (p. 7).

⁴¹ De la temprana –y luego, sostenida– participación de Ganshof en los Comités organizadores del regular *International Congress of Historical Sciences* se hacen eco en las propias revistas anglosajonas. Véanse, por ejemplo, los que tuvieron lugar en Bruselas (abril de 1923; en *The Ameri-*

caría, junto al escaso predicamento de las corrientes marxistas en Inglaterra⁴², la positiva acogida de la perspectiva feudal del medievalista belga.

A partir de mediados del siglo xx⁴³, en la historiografía anglosajona existen numerosos estudiosos que manejan y citan a Ganshof, en ocasiones omitiendo incluso referencia alguna a Bloch⁴⁴, y –aunque quizá en menor medida– viceversa⁴⁵.

Algunos estudios recogen tanto la aportación de Ganshof como la de Bloch⁴⁶, pero raramente con el objeto de contraponerles⁴⁷, como se hiciera en la historiografía española.

Dejando aparte esta comparación con Bloch, lo cierto es que Ganshof aparece citado frecuentemente en estudios en los que, no abordando el feudalismo

can Historical Review 28, IV, July 1923, pp. 639-655) y en Zurich (agosto-septiembre de 1938; en *The American Historical Review* 44, II, January 1939, pp. 290-293); por otra parte, Ganshof pronunció varias conferencias en diversos encuentros de la *Mediaeval Academy of America* [at Princeton on 25 April 1964, luego publicada con el título «The Impact of Charlemagne on the Institutions of Frankish Realm», *Speculum* 40, I, Jan., 1965, pp. 47-62; at Washington on 28 December 1948, luego publicada con el título «Charlemagne», *Speculum* 24, 4 (Oct., 1949), pp. 520-528].

⁴² HILTON, Rodney (ed.): *La transición del feudalismo al capitalismo* (traducción del inglés por D. Bergadà), Barcelona, Editorial Crítica, 1980.

⁴³ ABDY, J. T.: *Feudalism: Its rise, progress and consequences*, London, 1890; trabajo clásico sobre el feudalismo de la historiografía inglesa; otro trabajo clásico sobre el feudalismo de la historiografía inglesa es el de STENTON, Frank: *The first century of english feudalism (1066-1166)*, Oxford University Press, 1961 (2nd edit.; 1st, 1932).

⁴⁴ Véanse, entre otros, las obras de THORNE, Samuel E.: «English feudalism and estates in Land», *Cambridge Law Journal*, 1959, pp. 193-209 (también en THORNE, Samuel E.: *Essays in English Legal History*, Hamblendon Press, London-Ronceverte, 1985, pp. 13-29); cita varias veces a Ganshof (siete veces) y a su discípulo Van Caenegem (una sola vez), y ninguna a Bloch; LEWIS, Archivald R.: «The Midi, Buwayhid Irak and Japan: Some Aspects of Comparative Feudalism, a.d. 946-1055», *Comparative Studies in Society and History* 11, I (Jan., 1969), pp. 47-53; al referirse al modelo feudal europeo, tan sólo cita a Ganshof (p. 48, nota 5); véase también a MILSOM, S. F. C.: *The legal framework of english feudalism* (the maitland lectures given in 1972), Cambridge University Press, 1976.

⁴⁵ HILTON, R. H.: *The decline of Serfdom in Medieval England*, London, The Economic History Society, 1969 (1983, 2.^a edic.); DAVIES, Wendy: *Small Worlds. The Village Community in Early Medieval Brittany*, Berkeley-Los Angeles, 1988; cita varias obras de Ganshof relativas al periodo e instituciones carolingias. Tan sólo cita la obra fundamental de Bloch; BRITNELL, R. H.: *The commercialisation of English society 1000-1500*, Cambridge University Press, 1993, en la que cita a Bloch (*Feudal Society*. Trans. L. A. Manyon, London, 1961); COSS, Peter: *Lordship, Knighthood and locality. A study in English society c. 1180-c. 1280*, Cambridge University Press, 1999.

⁴⁶ BISSON, Thomas N.: «The problem of feudal Monarchy: Aragon, Catalonia, and France», *Speculum* 53, III (Jul., 1978), pp. 460-478; una vez citado a Ganshof entre los grandes historiadores del feudalismo, lo cita luego varias veces a lo largo de su estudio; RUSSEL MAJOR, J.: «The Revolt of 1620: A Study of Ties of Fidelity», *French Historical Studies* 14, III (Spring, 1986), pp. 391-408; se cita tanto a Ganshof como a Bloch, aunque no por sus obras sobre el feudalismo (p. 397, nota 20); BOUCHARD, Constance Brittain: «*Strong of Body, Brave and Noble*». *Chivalry and Society in Medieval France*, New York, 1998.

⁴⁷ Resulta elocuente que sea precisamente quien ha estudiado el feudalismo catalán el que, «contaminado» por la historiografía peninsular, haya prestado atención –aunque someramente– a la discusión entre Bloch y Ganshof (KOSTO, Adam J.: *Making agreements in Medieval Catalonia. Power, order and the written word, 1000-1200*, Cambridge University Press, 2001, p. 15).

en particular, se adentran en el contexto histórico medieval⁴⁸, abordando cuestiones tan dispares como la esclavitud⁴⁹, la economía⁵⁰, la nobleza eclesiástica⁵¹, el municipio⁵², el ejército⁵³ y la diplomática⁵⁴, entre otros⁵⁵. No digamos ya si se trata más en particular del Imperio carolingio, en cuyo caso también

⁴⁸ LYON, Bryce: «Medieval Real Estate Developments and Freedom», *The American Historical Review* 63, I (Oct., 1957), pp. 47-61, en donde Ganshof aparece citado en la p. 51; BISSON, Thomas N.: «Celebration and Persuasion: Reflections on the Cultural Evolution of Medieval Consultation», *Legislative Studies Quarterly* 7, II (May, 1982), pp. 181-204, en donde Ganshof aparece citado en la p. 199.

⁴⁹ BLUM, Jerome: «The Rise of the Serfdom in Eastern Europe», *The American Historical Review* 62, IV (Jul., 1957), pp. 807-836, en donde Ganshof aparece citado en la p. 810; DOMAR, Evsey D.: «The Causes of Slavery or Serfdom: a Hypothesis», *The Journal of Economic History* 30, I, The Tasks of economic (Mar., 1970), pp. 18-32; en donde se cita el estudio de GANSHOF: F.L./VERHULST, A.: «Medieval Agrarian Society», *The Cambridge Economic History of Europe*, I (or 2d ed., Cambridge, 1966), en la 28, nota 24.

⁵⁰ WITT, Ronald G.: «The Landlord and the Economic Revival of the Middle Ages in Northern Europe, 1000-1250», *The American Historical Review* 76, IV (Oct., 1971), pp. 965-988, en donde Ganshof aparece citado en las pp. 971-972; GOFFART, Walter: «Old and New in Merovingian Taxation», *Past and Present* 96 (Aug., 1982), pp. 3-21; se cita a Ganshof, no por su obra sobre el feudalismo, sino por un artículo sobre la inmunidad en la Monarquía franca (p. 4, nota 7).

⁵¹ FREED, John B.: «Nobles, Ministerials, and Knights in the Archdiocese of Salzburg», *Speculum* 62, III (Jul., 1987), pp. 575-611, en donde Ganshof aparece citado en la p. 577; HOWE, John: «The Nobility's Reform of the Medieval Church», *The American Historical Review* 93, II (Apr., 1988), pp. 317-339, en donde Ganshof aparece citado en la p. 324.

⁵² DICKINSON, Robert E.: «The City in History», *Annals of the Association of American Geographers* 52, III (Sep., 1962), pp. 300-206, en donde Ganshof aparece citado en la p. 305; CHEYETTE, Frederic: «The Origins of European Villages and the first European Expansion», *The Journal of Economic History* 37, I, The Tasks of economic (Mar., 1977), pp. 182-206; se cita a Ganshof, no por su obra sobre el feudalismo, sino por un artículo sobre la economía en el periodo carolingio (p. 185, nota 6).

⁵³ PETTENGILL, John S.: «The Impact of the Military Technology on European Income Distribution», *Journal of Interdisciplinary History* 10, II (Autumn, 1979), pp. 201-225, en donde Ganshof aparece citado en la p. 218.

⁵⁴ QUELLER, Donald E.: «Thirteenth-Century Diplomatic Envoys: Nuncii and Procuratores», *Speculum* 35, II (Apr., 1960), pp. 196-203, en donde Ganshof aparece citado en las pp. 196-197; ILARDI, Vicent: «Fifteenth-Century Diplomatic Documents in Western European Archives and Libraries (1450-1494)», *Studies in the Renaissance* 9 (1962), pp. 64-112, en donde Ganshof aparece citado en la p. 64.

⁵⁵ SABATINO LÓPEZ, Robert: «Still Another Renaissance?», *The American Historical Review* 57, I (Oct., 1951), pp. 1-21, en donde Ganshof aparece citado en la p. 8; DALY, William M.: «Clovis: How Barbaric, How Pagan?», *Speculum* 69, III (Jul., 1994), pp. 619-664, en donde Ganshof aparece citado en la p. 622; LANGER, Ullrich: «Merit in Courtly Literature: Castiglioni, Rabelais, Marguerite de Navarre and Le Caron», *Renaissance Quarterly* 41, II (Summer, 1988), pp. 218-241, en donde Ganshof aparece citado en la p. 222; FISCHER, Markus: «On Context, Facts and Norms: Response to Hall and Kratochwill (in Dissent and Debate)», *International Organization* 47, III (Summer, 1993), pp. 493-500, en donde Ganshof aparece citado en la p. 496; TURNER, Ralph V.: «The Problem of Survival for the Angevin Empire: Henry II's and His Sons' Vision versus Late Twelfth-Century Realities», *The American Historical Review* 100, I (Feb., 1995), pp. 78-96, en donde Ganshof aparece citado en la p. 83.

aparece citado⁵⁶. Y a día de hoy el enfoque –que no el modelo– ganshofiano del feudalismo permanece vivo en la historiografía anglosajona⁵⁷.

b) Breves apuntes conclusivos sobre el feudalismo ganshofiano en la actual historiografía europea

El legado de Ganshof como historiador del feudalismo revela la longevidad de sus grandes síntesis, pese a que buena parte de los principios sostenidos por los historiadores clásicos del feudalismo han sido desmentidos en estos últimos años. En este sentido, según el parecer de una parte de la historiografía actual, la Alta Edad Media no es vista como la edad dorada del feudalismo; muchas de las llamadas instituciones feudales, así como las contribuciones feudales, no eran feudales en absoluto; y el feudalismo como tal únicamente penetró más tarde de lo que Ganshof y sus contemporáneos estimaron. Su nacimiento estaba ligado a la centralización de los reinos surgidos en Europa, no siendo un elemento centrífugo sino un instrumento de poder del príncipe, imponiéndose pues una visión de «orden feudal» que viene a sustituir la clásica de «anarquía feudal».

Estas nuevas tesis feudales, que vienen a suplantar los planteamientos de los antiguos historiadores del feudalismo en general –y las de Ganshof en particular–⁵⁸, venían a criticar el *Belgocentrismo* del feudalismo clásico⁵⁹, reivindicando el mundo mediterráneo como corazón del feudalismo, y discre-

⁵⁶ BULLOUGH, D. A.: *Europae Pater: Charlemagne and His Achievement in the Light of Recent Scholarship*, *The English Historical Review* 85, n. 334 (Jan., 1970), pp. 59-105; recoge la historiografía que presenta a Carlomagno como fundador de Europa, y cita al respecto la obra de Ganshof (*Frankish Institutions under Charlemagne*, Providende, R. I., 1968); LEWIS, Archivald R.: «The Dukes in the *Regnum Francorum*, A. D. 550-751», *Speculum* 51, III (Jul., 1976), pp. 381-410; refiriéndose a la obra de Ganshof (*Frankish Institutions under Charlemagne*, New York, 1970), la tilda de «excelente», al tiempo que le cita en varias ocasiones; BOUCHARD, Constance B.: «The Bosonids or Rising to Power in the Late Carolingian Age», *French Historical Studies* 15, III (Spring, 1988), pp. 407-431, en donde Ganshof aparece citado en la p. 409; SULLIVAN, Richard E.: «The Carolingian Age: Reflections on Its place in the History of the Middle Ages», *Speculum* 64 (1989), pp. 267 ss.; sobre el nacimiento de Europa con el Imperio Carolingio, véase p. 270, nota 9.

⁵⁷ FISCHER, Markus: «Feudal Europe, 1800-1300: communal discourse and conflictual practises», *International Organization* 46, II (Spring, 1992), pp. 427-466; interesante y exhaustivo estudio que persigue desmitificar algunos tópicos historiográficos sobre el feudalismo. Maneja una copiosa bibliografía, en donde aparecen con cierta frecuencia las obras de Bloch y Ganshof. Criticando tanto a quienes analizan la Edad Media desde las instituciones legales, como quienes lo prefieren desde «the violent reality of everyday life», propone aproximarse a esa realidad medieval desde un punto medio, sin caer ni en el discurso excesivamente fáctico (o práctico), ni en el institucionalista (véanse las conclusiones en las pp. 461-466); más recientemente, KIM, Keechang: *Aliens Medieval Law. The origins of modern citizenship*, Cambridge University Press, 2000.

⁵⁸ Una introducción a estas nuevas ideas sobre feudalismo puede verse en la obra de REYNOLDS, Susan: *Fiefs and vassals. The medieval evidence reinterpreted*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

⁵⁹ FOSSIER, R.: *L'enfance de l'Europe*, París, PUF, 1982, I, p. 1.443.

pando por completo del carácter periférico asignado por el enfoque ganshofiano⁶⁰. En buena parte la crítica anti-ganshofiana resulta justificada, siendo más que justificado el reproche belgocentrista del enfoque ganshofiano, pues según la perspectiva ganshofiana el feudalismo *par excellence* se encontraba entre el Loire y el Rin, y más específicamente en Flandes y Lotharingia, territorios que vienen a coincidir con la gran Bélgica.

De todas formas, los críticos de Ganshof, al cambiar su *Belgocentrismo* por un radical *Meridionalismo*, no han logrado a nuestro juicio superarlo, ni tampoco parecen haber sabido rectificar sus errores⁶¹. Ganshof utilizó muchas fuentes de Flandes y Lotharingia que no han sido empleadas por sus detractores. Incluso un texto tan conocido como el homenaje y lealtad rendidos por los vasallos flamencos a Willian Clito en 1127, descrito por Galbert de Bruges, carece del rigor deseable⁶². Recientes estudios sobre feudalismo a veces eluden sorprendentemente la crucial área entre el Loire y el Rin⁶³, lo cual resulta un tanto sospechoso, al tiempo que apunta el posible motivo: que las fuentes de esta región siguen todavía avalando más las tesis ganshofianas que las más recientes sostenidas por sus detractores⁶⁴.

A nuestro entender, cualquier persona que quiera estudiar el feudalismo en la región del Loire-Rin todavía tiene que recurrir a Ganshof, porque sus críticos, por ahora, no parecen haber ofrecido alternativa alguna. En efecto, los nuevos historiadores del feudalismo, capaces de demoler la construcción ganshofiana del feudalismo, no han sabido sin embargo construir un modelo sólido, una nueva síntesis comparable a la simplicidad y claridad de *Qu'est-ce que la féodalité*. Todavía hoy en día, un estudiante prefiere leer a Ganshof que a sus críticos. Y aunque quizás no terminará de vislumbrar que la realidad feudal fue algo más compleja, por lo menos no le dejará confundido.

En el año 2002 se publicó un artículo sobre el vasallaje múltiple⁶⁵, en el que fundamentalmente se criticaba un artículo de Ganshof, escrito hace ya siete décadas (1929)⁶⁶, lo cual pone de relieve el influjo que todavía hoy en día sigue ejerciendo el enfoque ganshofiano. De hecho resulta bien lógico que

⁶⁰ Véase, por ejemplo, BONNASSIE, P.: *La Catalogne du Xe à la fin du XIe siècle*, Toulouse, Association des publications de l'université de Toulouse-le-Mirail, 1975, 736: «Sans pousser trop loin le paradoxe, on pourrait soutenir que les institutions majeures de la féodalité "classique" ont été définies dans les pays du Midi».

⁶¹ A este respecto, véase por ejemplo el estudio de BARTHÉLEMY, D.: «Nouvelle contribution au débat sur l'an mil en France», *Les origines de la féodalité*, ya citado, p. 96.

⁶² Compárese con HEIRBAUT, D.: *Not European feudalism, but Flemish feudalism. A new reading of Galbert of Bruges' data on feudalism in the context of early twelfth century Flanders* (en fase de publicación).

⁶³ Véase, por ejemplo, el interesante estudio de Susan Reynold, ya citado, o la última –y por cierto, muy sugestiva– síntesis del feudalismo en Francia (BOURNAZEL, E. y POLY, J. (ed.), *Les féodalités*, ya citado).

⁶⁴ Compárese con HEIRBAUT, D.: *Galbert of Bruges*.

⁶⁵ DEUTINGER, Roman: «Seit wann gibt es Mehrfachvassalität», *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germanistische Abteilung, CXIX, 2002, 78-105.

⁶⁶ «Depuis quand a-t-on pu, en France, être vassal de plusieurs seigneurs? », *Mélanges Paul Fournier*, París, Sirey, 1929, pp. 261-270.

quien quiera estudiar las instituciones flamencas, feudales y carolingias, siga recurriendo a los estudios de Ganshof, erigidos actualmente en referentes clásicos y de lectura ineludible, aunque quizá puedan estar menos de moda que antaño.

2. EL FEUDALISMO GANSHOFIANO EN LA HISTORIOGRAFÍA ESPAÑOLA: EL DESAFORTUNADO SURGIMIENTO DEL «DUALISMO INTELECTIVO»

Si en el contexto internacional resultaría difícil imaginar –como se dijo– el surgimiento de un debate tan encendido sobre la *cuestión feudal* sin la aparición de la obra de Maurice Dobb y demás estudiosos de ideología marxista (Sweezy, Bois y Kula, etc.), menos imaginable resulta todavía el comprender la enconada controversia suscitada en España sin la presencia e influjo del insigne Claudio Sánchez Albornoz primero, así como de la reacción de Vigil y Barbero en los años setenta.

Merced a los posicionamientos de estos estudiosos, la ya mencionada *ideologización* del debate historiográfico en torno a la noción de feudalismo alcanzó en el territorio español unos niveles casi inigualables, propiciando –como se recordó– un estéril *dualismo intelectual*⁶⁷, y trayendo consigo una malentendida *bipolaridad del feudalismo*⁶⁸, que vino a presentar como antagonísticos e irreconciliables planteamientos y perspectivas complementarias, complementariedad que no se ha sabido apreciar precisamente merced a la marcada *ideologización* que, emponzoñando el propio debate historiográfico, desafortunadamente ha prestado mayor atención a los aspectos político-ideológicos que a los estrictamente científicos.

Los callejones sin salida a los que ha conducido esta ideologización del debate historiográfico es una buena muestra de sus perniciosas consecuencias, según tendremos ocasión de ver.

Resulta comprensible que de una discusión historiográfica no se saque nada en claro si quienes llevan la voz cantante se «atrincheran» o «cobijan» a cualquier precio bajo el paraguas de sus propios presupuestos ideológicos, prestando oídos sordos a cualquier otro planteamiento, visto de entrada como una amenaza que conviene erradicar, pues resulta viciado de raíz, esto es, desde su mismo punto de partida. Así las cosas, no hay mejor manera de

⁶⁷ Expresión empleada por Reyna Pastor en su estudio preliminar a la obra de BONNASSIE, Pierre/BISSON, Thomas N./PASTOR, Reyna/et altri: *Estructuras feudales y feudalismo en el mundo mediterráneo* (versión traducida del francés por J. Faci y O. Pellisa, École Française de Rome, 1980), Barcelona, Editorial Crítica, 1984, p. 8.

⁶⁸ VALDEÓN BARUQUE, Julio: «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», *Les origines de la féodalité. Hommage à Claudio Sánchez Albornoz*, Collection de la Casa de Velázquez, n. 69, Universidad de Alcalá, Madrid, 2000, p. 229.

describir esta lamentable discusión historiográfica como «una guerra de sordos entre ambas concepciones del feudalismo»⁶⁹.

¿A qué se refiere la doctrina cuando emplea las expresiones «dualismo intelectual» o «bipolaridad del feudalismo»? ¿A qué responden? ¿Qué consecuencias han llevado consigo en el debate historiográfico español? Intentemos ahora dar respuesta a cada una de estas cuestiones.

a) **Feudalismo jurídico-institucional versus feudalismo económico-social o versus sociedad feudal**

La historiografía española ha denunciado y criticado en diversas ocasiones el punto muerto al que se llegó sobre la noción feudalismo precisamente por la existencia de dos grandes tendencias, sitas en extremos opuestos. Veamos la exposición de Julio Valdeón al respecto:

«Pero al pronunciar la palabra *feudalismo*, ¿enunciamos acaso un concepto unívoco, fácilmente identificable por cuantos lo escuchan? Es evidente que no (...)

En líneas generales puede decirse que hay dos grandes tendencias, con una amplia gama de matizaciones intermedias, en cuanto al entendimiento del término feudalismo. Una de estas tendencias pone su énfasis en una comprensión del feudalismo en un sentido estricto, técnico o jurídico (...), la clave del feudalismo, dentro de esta concepción, se remite al sistema de instituciones feudo-vasalláticas (...).

En el extremo opuesto se sitúa la tendencia que considera al feudalismo como una formación económico-social, que en el caso de Europa se desarrolló con posterioridad a la sociedad esclavista y precedió a la capitalista. En la base de esa formación se hallaría el denominado modo de producción feudal (...). El vasallaje, el feudo y la desintegración del poder público serían, desde este punto de vista, aspectos importantes, pero en cierto modo secundarios, simplemente una superestructura»⁷⁰.

Casi treinta años más tarde el mismo estudioso, abordando de nuevo el problema de la bipolaridad del feudalismo, señalaba:

«La polarización del feudalismo entre una vertiente institucional y otra social obedece a la existencia de una tradición académica fuertemente implantada, orientada en un caso hacia el análisis de los elementos institucionales, en otro al estudio de su faceta social.

La interpretación del feudalismo (...) ha estado fuertemente lastrada por esa bipolaridad, que podemos personificar en dos eminentes historiadores, F. L. Ganshof por una parte y M. Bloch por otra»⁷¹.

⁶⁹ Cuestión planteada por Valdeón en su estudio preliminar a la obra de PARAIN, Ch./VILAR, P. (y otros), *El Feudalismo*, ya citada, p. 12.

⁷⁰ Cuestión planteada por Valdeón en su estudio preliminar a la obra de PARAIN, Ch./VILAR, P. (y otros), *El Feudalismo*, ya citada, pp. 19-11.

⁷¹ VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 229.

La polémica estaba, pues, servida. Aquellas aportaciones que en su momento aparecieron como visiones, enfoques y perspectivas diversas y complementarias de una misma –aunque compleja– realidad, terminan apareciendo en la historiografía española (y de otros países del entorno europeo) como contrapuestas, antagónicas y excluyentes.

He ahí el surgimiento de tres nociones de feudalismo irreconciliables entre sí, por tratarse no ya de perspectivas diversas de una misma realidad, sino de nociones o concepciones incompatibles: el *Feudalismo jurídico-institucional*, el *económico-social* y la *Sociedad Feudal*. El primero vendría abanderado por Ganshof, el segundo por quienes se adherían a las corrientes marxistas y el tercero, *quasi in medio virtus* se tratara, postulado por Marc Bloch.

Y la pregunta que se nos antoja es: ¿qué queda de aquellas exposiciones de los dos grandes maestros (Ganshof y Bloch), que no pretendían otra cosa que presentar o profundizar en la realidad feudal desde una concreta perspectiva?

Se termina poniendo en el ánimo de uno y de otro lo que probablemente jamás concibieron en sus mentes.

De Bloch se llega a decir «parecía entablar combate con las escuelas tradicionales que habían puesto el acento en los aspectos jurídico-políticos del sistema»⁷², que rompe «en parte con la corriente institucionalista»⁷³, al tiempo que se le termina atribuyendo la paternidad –o, por lo menos, fuente inspiradora– de la corriente española marxista encarnada por Barbero y Vigil⁷⁴, de suerte que mientras en el entorno europeo a la mayoría de los seguidores de las corrientes marxistas les resultaba insostenible –por insuficiente– el planteamiento de Bloch, en España estos mismos optaban por «proclamarse legítimos continuadores de la preclara obra de Marc Bloch»⁷⁵.

Tampoco Ganshof salió indemne de la sesgada interpretación historiográfica⁷⁶. Y es que para terminar contraponiendo lo complementario se precisaba «matizar» y «exhorbitar» las tesis de ambos, para terminar presentando como un combate aquello que jamás traspasó los límites de una sana diversidad de enfoques y perspectivas, careciendo por completo del ánimo excluyente del que rezumarían las posteriores interpretaciones.

⁷² VALDEÓN BARUQUE, Julio, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 229.

⁷³ BARBERO, A./VIGIL, M.: *La formación del feudalismo en la Península Ibérica*, Barcelona, Editorial Crítica, 3.ª edic., 1982 (1.ª edic., 1978), pp. 12-13.

⁷⁴ VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», ya citado; según sostiene Valdeón, con la aparición en 1978 de la obra de A. Barbero y M. Vigil (*La formación del feudalismo en la Península Ibérica*), éstos preferían entender el feudalismo como expresión de *la sociedad en su conjunto*, «lo que suponía beber en las fuentes del materialismo histórico pero al mismo tiempo proclamarse legítimos continuadores de la preclara obra de Marc Bloch» (pp. 234).

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ KELLEY, Donald R.: «De origine feodorum: The Beginnings of an Historical Problem», *Speculum* 39, II (Apr., 1964), pp. 207-228; según este autor, la historiografía del feudalismo se ha visto marcada por una furiosa controversia, que ha terminado dejando maltraza la reputación de más de un historiador; y añade: «About many of the questions there is still no universal agreement» (p. 207).

En esta línea, la interpretación del pensamiento feudal ganshofiano en buena medida no es otra cosa que el resultado de la controversia entre Sánchez Albornoz y los defensores de una noción marxista de feudalismo. Buena prueba de ello son los términos con los que Barbero y Vigil plantearon en 1978 esta problemática:

«El primer problema que se plantea es si el feudalismo es simplemente un sistema institucional o se refiere a la organización de la sociedad en su conjunto. En los siglos XVIII y XIX se entendía por feudalismo toda la organización económica, social y política del Antiguo Régimen, que se expresaba, por lo tanto, en un ordenamiento jurídico e institucional feudal. Nosotros utilizamos la palabra feudal en este mismo sentido, enraizando así con una tradición que viene de lejos. Sin embargo, el tecnicismo jurídico surgido de la escuela histórica del derecho ha restringido la palabra feudal a un sistema de instituciones vasalláticas que sólo tendría vigencia en ciertas partes de Europa entre los siglos X y XIII. De esta forma, Ganshof define el feudalismo como *un conjunto de instituciones que crean y rigen obligaciones de obediencia y servicio –principalmente militar– por parte de un hombre libre llamado vasallo, hacia un hombre libre llamado señor, y obligaciones de protección y sostenimiento por parte del señor respecto del vasallo, dándose el caso de que la obligación de protección y sostenimiento tuviera la mayoría de las veces como efecto la concesión por parte del señor al vasallo de un bien llamado feudo* (Ganshof, *El feudalismo*, Ariel, Barcelona, 1963, p. 21).»⁷⁷

A nuestro juicio, plantear la cuestión de «si el feudalismo es simplemente un sistema institucional o se refiere a la organización de la sociedad en su conjunto», recogiendo a continuación un texto que recoge en su literalidad la perspectiva ganshofiana, sin decir que el propio historiador belga reconocía expresamente la existencia de una *sociedad feudal*, de la que él tan sólo vino a exponer los aspectos jurídico-institucionales, ciertamente no parece serio ni razonable.

El planteamiento nace, pues, pervertido. A partir de aquí, la dialéctica acampa a sus anchas y la demagogia argumentativa causa estragos, poniendo en boca de Ganshof lo que nunca hubiera suscrito, de suerte que la posterior interpretación historiográfica, instrumentalizando su postura, termina contradiciendo su genuina aportación.

Planteado el problema en estos términos, un tanto reduccionistas y con un interesado trasfondo dialéctico, entre un *Feudalismo jurídico-institucional*, del que se dice prestar atención tan sólo a los elementos propios del pacto feudal, y un *Feudalismo económico-social*, centrado casi exclusivamente en las relaciones de dependencia propias del modo de producción feudal, parece que la salida más airosa es la de adherirse a la *Sociedad Feudal* de Bloch, opción que ha terminado imponiéndose en buena parte del medievalismo español.

De ahí que no resulte extraño encontrar entre nosotros palabras de elogio a la mencionada *Sociedad Feudal*, pues, planteadas así las cosas –y es preci-

⁷⁷ BARBERO, A./VIGIL, *La formación del feudalismo en la Península Ibérica*, pp. 11-12.

samente ahí donde radica el problema, en el propio planteamiento—, junto a las posturas marxistas y la ganshofiana, ésta parece ser ciertamente la más sensata de todas ellas, la que mejor logra describir aquella sociedad medieval en su totalidad.

En este sentido, Moxó, frente a los posicionamientos historiográficos de la escuela jurídica-institucional y la marxista, que observa la realidad feudal como una ordenación económica, erigiéndose ésta en rasgo «obsesivo y aun excluyente de otros factores que se tratan de desconocer o menospreciar»⁷⁸, abogó —según veremos— por la perspectiva social de M. Bloch, a su entender sin duda la más equilibrada.

A nuestro entender, la solución a la controversia en torno al feudalismo pasa previamente por otros derroteros, partiendo de un planteamiento inicial o punto de partida bien distinto, según veremos después.

b) **Causas. La ideologización del discurso y los embates institucionales y marxistas**

Aunque no resulta fácil resumir en breves líneas las causas del surgimiento del mencionado *dualismo intelectual*, sí conviene mencionar la que, a nuestro juicio, se erige en la fundamental: la excesiva carga ideológica de quienes postulaban una concepción fundamentalmente económica del feudalismo y la reacción desmesurada de algunos de quienes abogaban por la concepción exclusivamente jurídico-institucional de la realidad feudal, entre quienes descuella —inigualablemente— Sánchez Albornoz.

En su momento vimos en qué medida las posturas marxistas suscitaron una enconada controversia que propició una polarización de la doctrina feudal ganshofiana, de suerte que, lo que Ganshof suscribiera en su día desde una mera perspectiva jurídico-institucional (consciente de que el feudalismo era una realidad social mucho más compleja que las meras relaciones feudo-vasalláticas), se trocó en idea, concepto o noción integrales de feudalismo, quedando entonces expedito el camino de la crítica despiadada, vertida precisamente por quienes se empeñaron —de intento— en identificar —con afán dialéctico, propio del método marxista— la parte por el todo en su exégesis del feudalismo ganshofiano. He ahí, pues, el ambiente historiográfico europeo de mediados del siglo xx.

En España la perspectiva ganshofiana del feudalismo tuvo una extraordinaria acogida merced a la figura del insigne historiador don Claudio Sánchez Albornoz⁷⁹, quien pronto quedó cautivado por la obra de Ganshof, en parte

⁷⁸ Moxó, Salvador de: «Sociedad, Estado y Feudalismo», *Revista de la Universidad de Madrid* XX (1972), pp. 171-202 (manejamos la versión editada en *Feudalismo, señorío y nobleza en la Castilla medieval*, Real Academia de la Historia, Madrid, 2000, p. 46).

⁷⁹ Sobre la figura y obra de don Claudio Sánchez-Albornoz y Mendiña, véase <http://www.fsanchez-albornoz.com/>, donde además aparecen recogidas numerosas biografías y diversos estudios en homenaje a su persona; respecto al feudalismo, véanse *En torno a los orígenes del feudalismo*, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1942; t. I: *Fideles y gardingos en la*

porque, metodológicamente, las tesis ganshofianas se nutrían de la corriente institucionalista a la que pertenecía el propio medievalista español.

Junto a la obra de Ganshof, a Sánchez Albornoz le llegaron también las «voces críticas» de quienes defendían una concepción marxista del feudalismo. Y a la ideologización propia del discurso marxista, se le sumaron los presupuestos ideológicos de los que partía el propio medievalista español, en base a los cuales defendía con tesón una visión de la España medieval, que encajaba perfectamente con la perspectiva ganshofiana del feudalismo, de suerte que el mismo Sánchez Albornoz, siguiendo el *modus faciendi* de sus oponentes –frecuentemente los polos terminan a la postre tocándose–, esto es, tomando la parte por el todo, elevó la perspectiva feudal ganshofiana a la categoría de noción o concepto integrales de feudalismo, negando consiguientemente –y en buena lógica– la existencia del feudalismo en España, salvo en el Principado catalán⁸⁰.

Quedaban así puestas las bases para un debate historiográfico que terminaría resultando –como se dijo, y con razón– una *guerra de sordos*. Y decimos «terminaría», pues merced al prestigio y autoridad científica del primer receptor y divulgador del feudalismo ganshofiano en España, Sánchez Albornoz, maestro de maestros, tal *guerra de sordos* no se iniciaría hasta finales de los años sesenta, adquiriendo sobre todo en los setenta una mayor resonancia. Mientras tanto, y hasta entonces, «el indiscutible magisterio ejercido por Sánchez Albornoz en el seno del medievalismo español explica que sus ideas se difundieran ampliamente»⁸¹.

Con el paso del tiempo, en parte es cierto que «las ideas de Sánchez Albornoz en el terreno historiográfico apenas sufrieron cambios»⁸². Sin embargo, tampoco conviene olvidar que este insigne historiador sostuvo en sus primeros trabajos una concepción más abierta del feudalismo de la que vino a defender más tarde⁸³, lo que se explica a la luz del progresivo grado de ideologización

monarquía visigoda. Raíces del vasallaje y del beneficio hispanos, 256 págs.; t. II: *Los árabes y el régimen prefeudal carolingio. Fuentes de la historia hispanomusulmana del siglo VIII*, 350 págs.; 2.ª ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires; t. I: 1974, 203 págs.; t. II: 1977, 330 págs.; t. III: 1979, 320 págs.; *El «Stipendium» hispano-godo y los orígenes del beneficio prefeudal*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas, Departamento de Historia de España, 1947, 148 págs.; sobre la concepción feudal de Sánchez Albornoz, véanse, por ejemplo, los estudios de RIU, Manuel: «A propósito del feudalismo todavía», *Estudios en Homenaje a Don Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*. Buenos Aires, 1983, vol. II, pp. 65-82; VALDEÓN BARUQUE, Julio: «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», ya citado; PÉREZ, Joseph/AGUADÉ NIETO, Santiago (Coor.): *Les origines de la féodalité. Hommage à Claudio Sánchez Albornoz*, Collection de la Casa de Velázquez, n. 69, Universidad de Alcalá, Madrid, 2000.

⁸⁰ Quizá por ello la historiografía feudal catalana de mediados del siglo pasado manejaba y citaba la obra de Ganshof; véase, por ejemplo, la obra de RODÓN BINUÉ, Eulalia: *El lenguaje técnico del feudalismo en el siglo XI en Cataluña*, Barcelona, 1957, en la que, no citando a Bloch, sí maneja y cita a Ganshof, del que conoce su obra fundamental sobre el feudalismo, merced a una versión inglesa (*Feudalism*, Longmans, Londres, 1952).

⁸¹ VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 231.

⁸² «Su concepción del feudalismo es prácticamente idéntica entre 1918 y 1980» (VALDEÓN BARUQUE, Julio: «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 231).

⁸³ Al respecto, véase ESTEPA, Carlos: «Sánchez Albornoz y el feudalismo castellano», *Sánchez Albornoz a debate*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993, pp. 21-31.

que fue adquiriendo este debate historiográfico en España, particularmente a partir de los años setenta.

Si «la visión renovadora del feudalismo tenía, como fuentes nutricias, por una parte la historiografía que se inspiraba en el *materialismo histórico*, que concebía a aquél como un modo de producción, por otra la escuela de los *Annales* y muy en particular el medievalista francés Marc Bloch»⁸⁴, figura a la que en España también se adhirieron quienes se nutrían del *materialismo histórico*, todo ello coadyuvó a que Sánchez Albornoz se «replegara» y «atrincherara» más, si cabe, en los muros de su fortaleza, radicalizando todavía más sus originarias tesis, camino por el que no optaría uno de sus más preciados discípulos (Luis García de Valdeavellano).

Por ello, no es del todo cierta la afirmación de que «ni la aparición de la obra (...) de M. Bloch ni las propuestas del materialismo histórico a propósito del feudalismo modificaron un ápice sus opiniones»⁸⁵, pues sí vinieron a modificarse: su noción del feudalismo se fue cerrando al compás de los embates de quienes, anclados en la corriente marxista, se empeñaban en la defensa de una concepción extremada y desmesuradamente abierta y, en consecuencia, carente de rigor alguno.

c) **Consecuencias**

¿Qué consecuencias trajo consigo la *bipolaridad del feudalismo* y, más en concreto, el *dualismo intelectual*?

La primera consecuencia, y raíz de todas las subsiguientes, fue el falseamiento de la propia concepción ganshofiana del feudalismo, en la medida en que se presentaba como una totalidad lo que el mismo Ganshof reconocía como una parte –aunque importante– de la compleja realidad feudal, e incorporando en consecuencia un elemento excluyente en su construcción teórica que lo hacía incompatible con cualquier otro planteamiento feudal que no comulgara con la corriente jurídico-institucional.

Esta interpretación sesgada de los postulados feudales ganshofianos tenía que revertir luego necesariamente en la historiografía europea y, más en concreto, en la española, como de hecho sucedió.

Según el parecer de Reyna Pastor, «por de pronto parece saludable haber abandonado, quizá ya de manera definitiva, el *dualismo intelectual* con el que se ha venido expresando la historiografía medieval en relación al concepto de feudalismo», refiriéndose al modelo clásico ganshofiano, modelo comparativo de las demás y múltiples variantes, bautizados como «feudalismos incompletos, importados, tardíos, peculiares, periféricos, epidérmicos, bastardos, etc. Dualismo por el cual, a partir de un modelo formado sobre aspectos importantes, pero parciales, de un real concreto histórico, se ha intentado construir otros, por comparación al primero, los cuales, lógicamente, han resultado

⁸⁴ VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 233.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 231.

siempre *atípicos*. Quizá sea la historiografía hispana la que se ha empeñado más a fondo y más ampliamente en estas posturas: la tesis de Hilda Grassotti sobre las instituciones feudo-vasalláticas en León y Castilla, que sigue con rigor las ideas de C. Sánchez Albornoz, es en este sentido el mejor ejemplo. Creemos que el método de definir un sistema, principalmente por la negativa o la coincidencia, refiriéndose siempre a un modelo histórico concreto, no ha dado frutos clarificadores y que ha llegado, hace ya años, a un punto muerto»⁸⁶.

Eriger la construcción feudal ganshofiana en modelo a la hora de historiar el feudalismo europeo, presentando como un todo lo que tan sólo era una concreta perspectiva de la compleja realidad feudal, fue sin duda un craso error, imputable en buena medida a quienes más contribuyeron a la ideologización de este debate historiográfico en el ámbito europeo, esto es, a bastantes de los defensores de las corrientes marxistas, y al propio Sánchez Albornoz en España, quien pretendió presentar como modelo integral del feudalismo lo que no pasaba de ser una construcción meramente parcial, aunque rigurosa. He aquí el origen del mencionado *dualismo intelectual*, lógica consecuencia de una deficiente y perversa –por interesada– interpretación y manejo del feudalismo ganshofiano por parte de la propia historiografía europea y española.

Llegados a este punto, se comprenden otras dos consecuencias de este desafortunado dualismo intelectual, causantes de la ya referida guerra de sordos, a saber, la existencia o no de feudalismo en España y la relación existente entre feudalismo y régimen señorial. Veamos ahora por separado, aunque en realidad aparecen interconectadas, estas dos cuestiones, sobre las que tanto se ha debatido en el territorio peninsular.

Respecto a la feudalización de España, fue Sánchez Albornoz quien, aplicando el molde ganshofiano tal cual se tratara de un modelo feudal integral e infalible, concluyó en buena lógica que, salvo el territorio catalán –por la proximidad e influjo del Imperio carolingio–, España no se feudalizó.

En efecto, si la perspectiva ganshofiana abordó la compleja realidad feudal en su vertiente estrictamente jurídico-pública e institucional, prestando atención tan sólo al pacto feudal (contrato de vasallaje y concesión del beneficio), así como a la proliferación de estos lazos jurídico-privados que vinieron a sustituir los de naturaleza pública (endebles ya de por sí, merced a la propia crisis de las estructuras públicas del Estado), surgiendo así un Estado feudal (basado precisamente en los mencionados pactos feudales), resulta lógico a todas luces el que Sánchez Albornoz negara –aunque con matices⁸⁷– la existencia del

⁸⁶ Estudio preliminar de Reyna Pastor, en BONNASSIE/BISSON/PASTOR/*et altri*, *Estructuras feudales y feudalismo en el mundo mediterráneo*, ya citado, p. 8.

⁸⁷ «Sánchez Albornoz llegaba a la conclusión de que la España medieval no se feudalizó. Ciertamente él mismo hacía matizaciones: el feudalismo sí estuvo presente en Cataluña, debido a que sus primeros pasos los había dado en el marco del Imperio Carolingio; asimismo reconocía que desde mediados del siglo XI fueron llegando a tierras hispanas las instituciones feudales vigentes en Europa. Pero en términos generales podía afirmarse que España, aunque sí conoció determinadas instituciones feudales, implantadas tarde y de forma incompleta, había estado

feudalismo en España, precisamente por haber elevado la perspectiva feudal ganshofiana a la categoría de concepto, noción o modelo integral, aplicable a cualquier territorio, inclusive al español.

La interpretación albornociana del (no) feudalismo español acampó a sus anchas sin suscitar en un principio controversia alguna en nuestra historiografía, merced a su autoridad científica y académica indiscutibles.

García de Valdeavellano, tomando el testigo de su maestro, expuso con rigor y precisión las causas que determinaron esta no feudalización⁸⁸, más tarde recogidas de forma sintética (y debidamente analizadas) por Salvador Moxó:

«Valdeavellano expone con rigor y precisión las causas que a su juicio determinaron la no feudalización de España: 1.^a, los prestimonios o beneficios no estuvieron siempre fundidos con los vínculos de vasallaje, ni ambas instituciones llegaron a hacerse indisolubles y a producir el feudo, sino que existieron aisladas a lo largo de la Edad Media; 2.^a, no existió el feudo en su riguroso sentido técnico sino en época muy tardía y como algo excepcional; 3.^a, las inmunidades no llegaron a ser tan amplias como en Francia; 4.^a, las prerrogativas de la Corona sólo en raras ocasiones fueron cedidas por los reyes a los señores; 5.^a, las funciones públicas no se feudalizaron; 6.^a, sólo en Cataluña se organizó una jerarquía feudal, y 7.^a, el régimen señorial no llegó a confundirse con el régimen feudal, como sucedió más allá de los Pirineos al generalizarse la infeudación de los señoríos»⁸⁹.

García de Valdeavellano, a diferencia de su maestro, reconocía abiertamente que toda esta batería argumentativa tan sólo venía a probar que, según la perspectiva feudal ganshofiana, España no se feudalizó políticamente, pero que nada impedía reconocer la feudalización social, manifestada por la innegable presencia de instituciones feudales en tierras peninsulares⁹⁰.

En efecto, aunque García de Valdeavellano de entrada y en general defendió con ahínco su concepción (jurídico-institucional) del feudalismo hispánico, luego, al analizar las instituciones feudales en los distintos Reinos peninsulares reconoció que en Galicia las manifestaciones feudales, por las

ayuna de feudalismo» (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 231).

⁸⁸ Véanse, al respecto, su estudio introductorio recogido en la versión española de la obra de F.L. Ganshof (*El feudalismo*. Barcelona, Ariel, 1975); GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis: *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*. Barcelona, Ariel, 1981, en el que se recoge su estudio «Sobre la cuestión del feudalismo hispánico», pp. 7-62.

⁸⁹ Moxó, Salvador de: «Feudalismo europeo y Feudalismo español», *Hispania* XXIV (1964), pp. 124-133 (manejamos la versión editada en *Feudalismo, señorío y nobleza en la Castilla medieval*. Real Academia de la Historia. Madrid, 2000, pp. 64-65; tales causas también parecen recogidas en Moxó, Salvador de: «Sociedad, Estado y Feudalismo», *Revista de la Universidad de Madrid* XX (1972), pp. 171-202 (manejamos la versión editada en *Feudalismo, señorío y nobleza en la Castilla medieval*, ya citado, p. 45).

⁹⁰ Instituciones feudales de las que daría buena nota Hilda Grassoti, discípula de Sánchez Albornoz, en su estudio –ya clásico– titulado *Las instituciones feudo-vasalláticas en León y Castilla*, 2 vols., I. *El vasallaje*. II. *La recompensa vasallática*. Spoleto, 1969.

estrechas conexiones con los francos, «llegaron a desarrollarse al parecer con mayor fuerza y vitalidad, hasta el punto de que tal vez no sea impropio hablar de un feudalismo gallego»⁹¹; o que –en esta línea–, «en la España medieval, las dos prestaciones vasalláticas más importantes, entre los deberes de los vasallos –o sea, los servicios militares del *auxilium* y el servicio del *consilium* en la corte señorial– eran debidos al rey incluso por los señores de los grandes dominios dotados de inmunidad, y dichos señores, en cuanto vasallos del monarca, debían incorporarse al ejército real con las huestes de sus señoríos cuando el rey emprendía una gran expedición guerrera, y, por otra parte, debían también acompañar al soberano y asistirle con su consejo en la *curia Regis*»⁹².

De ahí que, siguiendo la expresión albornociana, Valdeavellano prefería hablar de *inmadurez del feudalismo español*⁹³, deslindando la vertiente estrictamente jurídico-política del feudalismo de la social, sobre la que no cabía negar su existencia⁹⁴.

El discípulo de Sánchez Albornoz, manteniendo una postura más abierta que la de éste, y haciéndose cargo de la perspectiva estrictamente institucional del feudalismo ganshofiano⁹⁵, temía sin embargo por la excesiva ampliación de la noción de feudalismo llevada a cabo por determinados estudiosos pertene-

⁹¹ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*, p. 86.

⁹² GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*, pp. 102-103.

⁹³ «...la verdad es que no resulta del todo inapropiado emplear, como lo hace Sánchez Albornoz, la expresión *inmadurez del feudalismo español* porque, con la única excepción (...) de Cataluña, tampoco en el Reino de Aragón ni en el Reino de Navarra parece haberse desarrollado un *feudalismo* lo suficientemente definido y organizado en el aspecto político como para poder afirmar que esos reinos se constituyeron en *Estados feudales*, aunque –lo mismo que en León y Castilla– llegasen a desarrollarse en los mencionados territorios instituciones feudo-vasalláticas...» (GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*, p. 53)

⁹⁴ «Por mi parte aceptaría que se considerase a la Sociedad hispánica de la Edad Media como una Sociedad feudal, según lo hace Moxó, dado que el adjetivo feudal y el término mismo de feudalismo tienen cada vez mayor aceptación en la historiografía tomados en el sentido más amplio y menos técnico de ambas voces (...)» (GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*, pp. 58-59).

⁹⁵ «Pero Ganshof, quien admite, desde luego, que el *Feudalismo* o *régimen feudal* puede ser considerado en sentido amplio como un tipo de Sociedad, prefiere enfocar su estudio desde un punto de vista más estricto, técnico y jurídico; es decir, como un sistema de instituciones típicas –las instituciones feudales o *feudo-vasalláticas*–, y cree que ese tipo de Sociedad y esas instituciones habrían sido, sobre todo, propias del Occidente europeo medieval. Conviene, sin embargo, no olvidar –y Ganshof no lo olvida– que hoy de admite que algunas instituciones análogas a las del *Feudalismo* europeo de la Edad Media se desarrollaron en otros periodos de la Historia Universal, como en el Antiguo Egipto y en la Antigua Mesopotamia, y en distintos países y civilizaciones diferentes, como en el mundo islámico, en la India y en el Extremo Oriente (China, Japón) e igualmente en territorios que no se incluyen en el ámbito del Occidente europeo en cuanto ese es el caso del Imperio Bizantino y de Rusia» (GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*, pp. 9-10).

cientes a las corrientes marxistas⁹⁶, lo que le llevó a mantenerse firme respecto a la no feudalización política de España⁹⁷.

Y es que la respuesta de si España se feudalizó o no dependía de la misma noción o concepción de feudalismo, que se movía en tres planos diversos, pero presentados de una manera antagónica, pues parecía que la inclinación por uno de ellos llevaba consigo en buena medida la negación de los dos restantes. Nos referimos a los planos político (o jurídico-institucional), económico y social, erigiéndose este último como el banderín de enganche de los dos restantes, situados en polos opuestos y sin posibilidad alguna de entendimiento, tal cual de una *guerra de sordos* se tratara. De ahí también el redescubrimiento en los años setenta de la *Sociedad feudal*, de Bloch, ante el afán de encontrar un mayoritario –si no común– punto de encuentro en este infructuoso debate historiográfico⁹⁸.

Salvador Moxó, estudioso del que –como Ganshof– también se cumple el 25.º aniversario de su fallecimiento, fue probablemente quien, intentando terciar en el abismo existente entre los institucionalistas (defensores de la concepción política o jurídico-institucional) y los marxistas (defensores de la concepción económica), defendió con mayor rigor y consistencia la perspectiva social del feudalismo, pretendiendo así «encontrar un justo término a los dos excesos que denunciaba»⁹⁹:

«¡La Sociedad feudal! Esta expresión constituye, a nuestro entender, la premisa previa esencial para la comprensión del feudalismo español. Intentar

⁹⁶ «Resulta, pues, que el sentido del término *Feudalismo* ha ampliado extraordinariamente el campo de su aplicación tanto en el espacio como en el tiempo, ya que el nombre con el que en un principio se designaba un sistema social y político de la Europa occidental de la Edad Media ha llegado a aplicarse también a regímenes análogos de otras épocas, mundos y culturas, con lo que no se vacila de hablar de un *Feudalismo* musulmán o japonés, al propio tiempo que se entiende que el *Feudalismo*, singularmente como un sistema económico y social, traspasa los límites cronológicos que se asignan a la Edad Media y, según algunos historiadores –principalmente los marxistas–, persisitio, por lo menos en varios de sus rasgos característicos, hasta la Revolución francesa y los umbrales de la época contemporánea. Por otra parte, la moderna historiografía marxista ha ampliado también considerablemente (...) el complejo concepto de Feudalismo al fundamentarlo esencialmente en su aspecto económico y considerarlo como un modo especial de producción» (GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*, pp. 10-11).

⁹⁷ «(...) pero mantengo, en cambio, mi convencimiento de que la mayor parte de España no se feudalizó políticamente y que sería impropio, según una rigurosa consideración jurídico-pública, hablar de Estados feudales en los Reinos de León y Castilla, de Aragón y de Navarra. Por eso no me es posible admitir la tesis de Moxó de que podría considerarse al Condado de Castilla como un principado feudal a la manera de los principados feudales europeos, si bien esta cuestión Moxó se la plantea tan sólo como un interrogante» (GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*, pp. 58-59).

⁹⁸ «Lo importante es señalar que, a tenor del debate suscitado acerca de la interpretación del feudalismo, Marc Bloch, que tres décadas antes ya había hablado de *sociedad feudal*, no sólo era redescubierto por la historiografía española en los albores de los años setenta, sino que se convertía en guía indiscutible de los estudios del tema» (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 234).

⁹⁹ «El feudalismo *político* era, en opinión del autor citado, el de Ganshof o Sánchez Albornoz, en tanto que el *económico* era el de los que hablaban de modo de producción feudal, como N. Salomon o P. Vilar. La vía media, en la que Moxó creía encontrar un justo término a los dos excesos que denunciaba, era la incardinación del feudalismo en el territorio de *lo social* (...)» (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 234).

vertebrarlo sobre la organización política conduce a conclusiones limitadas y aparentes (...). Pretender, por el contrario, estructurar todo el feudalismo español, atendiendo sólo a motivaciones económicas cuya perduración –no sólo en España– se subraya hasta el infinito, puede dejar en la oscuridad aspectos de indudable interés y singularidad de nuestra ordenación medieval y que revisten auténtica importancia en la estructura feudal de una sociedad que merezca tal nombre»¹⁰⁰.

Partiendo de esta concepción social del feudalismo, Moxó jamás terminó de compartir la no feudalización de España, por mucho que no lograran feudalizarse «los cuadros del Estado»¹⁰¹, sosteniendo en consecuencia un «auténtico y propio feudalismo español»:

«Feudalizadas las estructuras sociales y en pleno desarrollo el régimen señorial dentro del ámbito económico, no se feudalizaron en el mismo grado que aquella –ni con el formalismo propio de otros países europeos– los cuadros del Estado en sus superestructuras políticas. Pero esto último no implica la ausencia de un auténtico y propio feudalismo español, revestidos de las peculiares características de un pueblo y unos Reinos de frontera que plantean su propia problemática a todo historiador que pretenda internarse en el cuadro, agreste y sugestivo a la vez, de nuestra propia civilización medieval»¹⁰².

Otra consecuencia negativa del *dualismo intelectual* que nos ocupa, y conectada a su vez con la propia controversia conceptual del feudalismo, ha sido el desacuerdo en torno a la relación existente entre feudo y señorío, entre feudalismo y régimen señorial.

También en este punto el tono excesivamente dialéctico del debate historiográfico ha reportado escasos –o nulos– frutos: mientras los defensores de una concepción marxista del feudalismo entienden que apenas existe distinción entre el feudalismo y el régimen señorial, los pertenecientes a la corriente jurídico-institucional defienden una línea divisoria entre estas dos realidades, que si bien aparecen en muchas casos relacionadas entre sí, no conviene jamás confundir ni identificar, tan cual se tratara de una sola realidad.

Las consecuencias de este desacuerdo afecta, entre otros aspectos, al ámbito cronológico en el que se extendió el feudalismo en Europa.

¹⁰⁰ Moxó, «Sociedad, Estado y Feudalismo», pp. 47-48.

¹⁰¹ Moxó, «Feudalismo europeo y Feudalismo español», pp. 69-70: «No surgió, pues, en España el Estado feudal que por su situación geográfica y común civilización con otros pueblos europeos hubiera cabido esperar. Tampoco se lograron en las instituciones feudales españolas todos los requisitos jurídicos para hablar de un puro feudalismo. Pero la interrumpida feudalización del Estado que no llegó a su plenitud y la distinta naturaleza jurídica –de escasas consecuencias reales muchas veces– en la titularidad de unas tierras no son acaso circunstancias suficientes para insistir en la no feudalización de España»; y más adelante (p. 71), señala: «Feudalizada la sociedad (...), no se feudalizaron, sin embargo, los cuadros del Estado. La predilección por uno u otro de estos ángulos de visión puede conducir, ciertamente, a la aceptación o repulsa del feudalismo español como fenómeno histórico de nuestra era medieval».

¹⁰² Moxó, «Sociedad, Estado y Feudalismo», p. 58.

En efecto, quienes identifican feudalismo y régimen señorial sostienen en buena lógica que aquél perduró hasta finales del siglo XVIII (en Francia, con la Revolución francesa) o principios del XIX (sería el caso español, coincidiendo con el *Decreto de Disolución del Régimen Señorial*, de 6 de agosto de 1811). Por el contrario, quienes distinguen ambas realidades, el feudalismo vería su ocaso en la Baja Edad Media, coincidiendo con el auge de la institución monárquica (siglo XIII –o XV a lo sumo–).

Y es que desde una perspectiva estrictamente institucional, Ganshof ya dejó claros tanto el contenido como los contornos jurídicos de una y otra realidad, claridad jurídico-técnica o conceptual que manejaron después quienes abordaban desde esta óptica el estudio del feudalismo. Veamos brevemente tres de sus diferencias más relevantes de forma comparada:

1.º Mientras el feudalismo se inserta en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas (pues se asienta sobre el pacto feudal, de naturaleza privada), el régimen señorial se mueve en el ámbito de lo jurídico-público (merced al ejercicio de un conjunto de facultades jurisdiccionales –*iusdictio*, decir derecho– por parte del señor sobre los cultivadores del señorío), a parte del contenido económico que le es propio (y que parece ser lo más importante según los marxistas).

2.º Mientras el feudalismo afecta a las relaciones existentes entre los miembros de la clase noble (*relaciones feudo-vasalláticas*), el régimen señorial no relaciona a los nobles o señores entre sí, sino a éstos con los cultivadores o campesinos que trabajan las tierras, de las que son meros poseedores, pues la propiedad recae sobre los señores, quienes detentan en muchos casos un conjunto de facultades jurídico-públicas merced a una concesión real (*señoríos jurisdiccionales*)¹⁰³.

3.º El feudalismo surge ante una coyuntura política de crisis de las estructuras públicas del Estado, que, ante la incapacidad de garantizar la seguridad e integridad de sus principales súbditos, éstos optan por la conclusión de unos pactos jurídico-privados, cuya proliferación, además de sustituir las relaciones de Derecho público, dan origen a una nueva organización que, con una estructura jerárquica piramidal, termina por encumbrar a un señor de todos y vasallo de nadie, que se erige en la máxima autoridad de un nuevo «Estado», esto es, el *Estado feudal*.

Por su parte, el régimen señorial poco tiene que ver con todo esto, pues, salvo en el caso del Principado catalán, en el que sí se acababan confundiendo feudalismo y régimen señorial (debido a que lo que se infeudaba era precisamente un dominio territorial, con las consiguientes facultades jurisdiccionales anexas al mismo), en los demás territorios peninsulares la misma fuerza de la institución real y señorial (ambas per-

¹⁰³ Los marxistas, pretendiendo simplificar esta diversidad de planos y dando preeminencia absoluta al aspecto económico, vienen a decir que el feudalismo no es otra cosa que el dominio de unos pocos (los nobles y sus *relaciones feudo-vasalláticas*) sobre unos muchos (los campesinos y la opresión padecida en virtud de las relaciones –que ellos denominan– *relaciones feudo-señoriales*).

tenecientes a la esfera de lo jurídico-público) constituye una prueba palpable de la inexistencia de la coyuntura idónea para el surgimiento del feudalismo. En este sentido, el régimen señorial constituía más bien una «unidad económico-social basada en un modo singular de producción»¹⁰⁴.

Pues bien, mientras algunos estudiosos adscritos a las corrientes marxistas, a fin de «presentar una concepción unitaria y orgánica de la sociedad» y no una «realidad social dislocada», prefieren no hacer «distinciones entre feudal y señorial»¹⁰⁵, lo cierto es que la mayor parte de la historiografía ha terminado distinguiendo ambas realidades, reconociendo que, si bien no cabe confundirlas, es innegable que en la sociedad feudal el señorío constituyó «su gran soporte económico y la institución a través de la cual se ejercía la dirección de grupos humanos, ligados al señor por el vínculo territorial»¹⁰⁶.

Aunque Marc Bloch remarcó de entrada la diferencia entre ambos conceptos, la historiografía ha entendido –salvando el parecer de algún estudioso¹⁰⁷– que luego supo insertarlos dentro de su *Sociedad feudal*, pues, sentada la centralidad de las instituciones feudo-vasalláticas, caracterizadoras de las dos edades feudales (siglos IX-X y XI-XIII), tales relaciones aparecen «insertas en la estructura fundamental socioeconómica del señorío (y de los alodios) de mucha más larga duración»¹⁰⁸.

¹⁰⁴ «Ante la irrupción de las nuevas corrientes historiográficas en torno al feudalismo, mientras Sánchez Albornoz se mantenía en sus tesis, su discípulo, Luis García de Valdeavellano terminó reconociendo en 1978 («Sobre la cuestión del feudalismo hispánico») que España sí conoció el feudalismo en cuanto formación económico-social basada en un modo singular de producción, negando, eso sí, la existencia de auténticos Estados feudales» (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 235).

¹⁰⁵ BARBERO/VIGIL, *La formación del feudalismo en la Península Ibérica*, pp. 14-15.

¹⁰⁶ «Ciertamente, el régimen señorial constituye algo distinto al régimen feudal propiamente dicho: imposible ponerlo en duda. Pero es asimismo cierto que la sociedad feudal europea hizo del señorío su gran soporte económico y la institución a través de la cual se ejercía la dirección de grupos humanos, ligados al señor por el vínculo territorial. De aquí que la sociedad feudal europea puede ser difícilmente entendida sin el estudio paralelo de las instituciones señoriales que ocupan un destacado lugar, ya que a través de ellas se manifiestan, en las clases inferiores, los vínculos de dependencia de hombre a hombre, representativos de aquélla. De la expansión del régimen señorial, especialmente a partir del siglo XII, tenemos buenas pruebas, y conectando con las inmunidades (...) se perfiló la institución del señorío jurisdiccional, en la que el señor ejerce funciones públicas –basta señalar la administración de justicia–, aunque el poder real mantenga cierto control en este orden a través de los *casos de Corte*» (Moxó, «Feudalismo europeo y Feudalismo español», pp. 67-68).

¹⁰⁷ «El señorío, en sí mismo, no tiene ningún derecho a formar parte de las instituciones que llamamos feudales: esta rotunda conclusión de Marc Bloch difícilmente encontraría hoy historiadores dispuestos a suscribirla; en efecto, es una opinión generalizada que el señorío rural que nació con anterioridad al feudalismo y que le sobrevivió, representó la base material (R. Boutruche) o la clave de bóveda económica del sistema en su conjunto» (CARILE, Antonio: «Señorío rural y feudalismo en el Imperio Latino de Constantinopla (1204-1261)», en BONNASSIE/BISSON/PASTOR/et altri, *Estructuras feudales y feudalismo en el mundo mediterráneo*, ya citado, p. 258).

¹⁰⁸ «En el importante y trascendente modelo de análisis de M. Bloch sobre la sociedad feudal, dos subsistemas combinados convergen para estructurar dicha sociedad: el señorío y sus relaciones de producción y dependencia, y las relaciones (instituciones) feudo-vasalláticas. El señorío es un fenómeno de duración histórica muy extendida en el tiempo y también en el espacio; duró más que

Quizás el francés Boutruche fue uno de los estudiosos que mayor empeño puso en distinguir e insertar –pero sin confundir– ambas realidades:

«El señorío rural surgió antes del feudalismo, y lo sobrevivió. Su área de extensión en el mundo fue mucho más vasta: numerosos señoríos ejercieron su dominio sobre grupos campesinos sin estar ellos mismos comprometidos con vínculos privados. Además, por su misma naturaleza difieren las obligaciones y las relaciones sociales que se derivan de ambas instituciones. Menos arraigado a la tierra que el señorío, el feudalismo estuvo sometido en mayor medida a las fluctuaciones del medio y a las influencias externas, pero no habría sobrevivido sin el fundamento material que le ofreció el señorío»¹⁰⁹.

Sentadas las diferencias conceptuales y las relaciones existentes entre feudalismo y señorío, explica Boutruche las causas del empleo del término feudalismo para referirse a determinadas realidades institucionales propias del régimen señorial, reprochando a autores como Montesquieu y Adam Smith la confusión entre de ambos conceptos¹¹⁰, así como señalando el porqué de su generalización en la Revolución francesa¹¹¹.

Así las cosas, el tema ya no radicaba tanto en el empleo de los términos feudal o señorial, de cuyo indistinto empleo no cabe deducir «confusión conceptual, sino simplemente manejo de modelos interpretativos del feudalismo diferentes»¹¹².

las relaciones feudo-vasalláticas. Pero el señorío y las relaciones señoriales al insertarse estrechamente con las relaciones feudo-vasalláticas dan lugar a la sociedad feudal (...). Analizada y caracterizada de esa manera la sociedad feudal, su *mapa* pudo ampliarse a partir de un núcleo central formado en el norte del Loira y el Rin (...), hasta Sajonia por un lado y Castilla y León, por otro. Tenemos también en la construcción de Bloch, un centro o núcleo en el que se da plenamente el conjunto de las connotaciones correspondientes a lo *señorial* y a lo *feudal*, y unas periferias en las que esas connotaciones serán menos claras» (Estudio preliminar de Reyna Pastor, en BONNASSIE/BISSON/PASTOR/et altri, *Estructuras feudales y feudalismo en el mundo mediterráneo*, ya citado, p. 9).

¹⁰⁹ BOUTRUCHE, Robert: *Señorío y feudalismo* (versión traduc. del francés por M.B. Pontieri) I. Los vínculos de dependencia. Madrid, 1980, p. 10.

¹¹⁰ «Montesquieu capta el sentido histórico del régimen; y entiende que se ha formado al margen de la ley común y que es, en última instancia, el resultado de las prácticas consuetudinarias. Lo que le sorprende es el fraccionamiento del poder público, la vigencia del predominio local en sustitución del Estado centralizado y el aspecto político del sistema señorial que confunde con el feudalismo» (BOUTRUCHE, *Señorío y feudalismo*, I, pp. 15-16).

¹¹¹ En las pp. 20 ss, Boutruche pone de manifiesto –y así aparece en la propia rúbrica– *los excesos del lenguaje* que han llevado a ampliar indebidamente la noción de feudalismo: «A su vez, la gente de 1789 heredó ese lenguaje. En Francia, como en Inglaterra, dicha confusión –brillantemente actualizada– no sólo procedía de Montesquieu y Adam Smith; también jurisperitos, costumbristas y notarios de los siglos XVI, XVII y XVIII por ignorancia o por afán de simplificación, habían mezclado vasallos, terrazgueros, feudos y tierras sometidas a censos, derechos feudales y derechos señoriales (esa confusión se producía en la Edad Media en regiones no del todo feudalizadas). Cuando las instituciones declinan o desaparecen, el sentido de las palabras se altera. A todos estos hombres les corresponde la involuntaria paternidad de doctrinas que atribuyeron al feudalismo rigores impuestos por el régimen señorial; doctrinas retomadas desde entonces, con nuevas alteraciones, por una multitud de censores. He ahí el nudo del problema y he ahí, también, su explicación» (BOUTRUCHE, *Señorío y feudalismo*, I, p. 22).

¹¹² Esta es la conclusión que extrae Valdeón de la afirmación del profesor Miguel Artola, director de la serie *La España del Antiguo Régimen* (1966), en cuyo prólogo al fascículo decía

Ahora bien, sin afán alguno de minusvalorar estas cuestiones terminológicas¹¹³, por mucho que hasta los propios campesinos emplearan el término feudalismo para denunciar los aspectos más opresivos y odiados de aquel régimen que pretendían destruir¹¹⁴, nadie alberga duda alguna de que se referían, siendo «evidente que los elementos específicos del mundo feudovasallático pertenecían al pasado»¹¹⁵, «a los vestigios que pervivían del régimen señorial»¹¹⁶, al igual que «el *complexum feudale* de que se habló en el *Comité de los derechos*

textualmente: «El régimen señorial, o feudal si se prefiere la terminología marxista, constituye tema del máximo interés para el conocimiento del Antiguo Régimen y del ciclo revolucionario que le pondrá fin» (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 233).

¹¹³ Cuestión a la que insigne estudiosos, como Boutruche, han prestado una particular atención: «Puede plantearse una objeción: los problemas de terminología tienen poca importancia, y debatirse en ellos es luchar contra molinos de viento. No es ésta nuestra opinión. Si las expresiones que acabamos de mencionar atañen a la historia pequeña, más graves son las alteraciones que la autoridad de investigadores y doctrinarios certifica. En efecto, aplicar la misma etiqueta no sólo a todos los vínculos de dependencia sino a sociedades e instituciones que nada tienen en común con el feudalismo, es abandonarse a la rutina y construir una ciencia de escorias; es usar la confusión de términos para cubrir la incompreensión de las cosas. Obstinados, sostenemos que sin contrato vasallático, sin feudo, sin organización social y política fundada en vínculos privados de naturaleza particular, no hay régimen feudal. Es necesario despojarlo del lenguaje petulante que lo envuelve y luego reubicarlo en su medio, observarlo con los ojos de sus contemporáneos» (BOUTRUCHE, *Señorío y feudalismo*, I, p. 24).

¹¹⁴ Según Josep Fontana, autor del libro *La quiebra de la Monarquía absoluta* (1814-1820), «la resistencia de los campesinos a la satisfacción de los derechos que los señores les exigían se inscribía en el marco de la pugna contra las supervivencias feudales». Y es que, según Fontana, *el uso de un término como feudalismo en este contexto puede ser discutido (...). Pero ocurre que en la época que se estudia este trabajo eran los propios campesinos españoles quienes calificaban de feudalismo el régimen al cual se oponían, y éste es un argumento de más peso que las elucubraciones de algunos historiadores que intentan reducir el alcance del término* (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 233).

¹¹⁵ Valdeón, en su estudio preliminar a la obra de PARAIN, Ch., VILAR, P. (y otros), *El Feudalismo*, ya citada, p. 15, abordando esta cuestión, señala: «Uno de los argumentos esgrimidos con más calor por los que defienden una concepción amplia del término feudalismo es el hecho de que esa fuera la palabra empleada por los hombres de la Revolución Francesa para designar al conjunto de la sociedad contra la que luchaban. En su uso social, feudalismo se identificaba con los aspectos más opresivos y más odiados del régimen señorial. ¿Confusión lamentable de aquellas gentes, que no supieron distinguir el régimen feudal del señorial? Desde luego, la palabra feudalismo en la Francia de fines del siglo XVIII iba cargada de desprecio y negatividad. Los aspectos constructivos que en su día, indudablemente, tuvo el sistema habían desaparecido, para quedarse sólo con lo que recordaba abusos y privilegios injustificados. Pero, independientemente de la pasión política que animaba a los franceses de la época, al llamar feudal a la sociedad que intentaban destruir, ¿no reflejaba la íntima e inseparable conexión que existía entre ese mundo señorial tan vituperado y el régimen feudal que lo había acompañado en la Edad Media? La herencia que habían recibido los campesinos franceses del siglo XVIII de sus antepasados no podía ser más nítida: feudales eran las estructuras en las que ellos estaban insertos (señores feudales, derechos feudales, rentas feudales). Es evidente que los elementos específicos del mundo feudovasallático pertenecían al pasado, y que los equívocos del campesinado francés podían ser un testimonio, como dice J. Dupâquier en una de las discusiones, del *retraso de las mentalidades*. Pero las estructuras de base permanecían casi intactas, y con ellas ciertas instituciones que las consagraban y ciertas ideologías que las justificaban».

¹¹⁶ VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 235.

feudales de la Asamblea Constituyente en septiembre de 1789 incluía todos los derechos que estaban en manos de los señores y no sólo los estrictamente derivados del contrato de feudo»¹¹⁷.

Distinguir entre el feudalismo y el régimen señorial no significa aislarlos, pues en la historia han aparecido conexos –y esta fue una importante contribución aportada por la mutación feudal a la historiografía española¹¹⁸–, pero tampoco cabe olvidar que ambos conceptos no tienen por qué aparecer necesariamente de manera conjunta:

«Lo que resulta cierto es que tal estructuración agraria de dominios territoriales se avino bien con los lazos feudo-vasalláticos que se anudaban en el grupo social militar, a la explotación de cuyos feudos o beneficios favorecía la ordenación señorial, que permitía al guerrero disfrutar con ellos de un estipendio, sin menoscabo de su acentuado profesionalismo, que requiere entrenamiento y singular preparación. Pese a ello, no resulta imprescindible para el régimen señorial la estructura vasallática y puede manifestarse bajo una civilización no sustancialmente feudal, de la que sólo constituye una pieza, muy importante ciertamente, pero no el armazón único de todo el sistema, de la misma manera que por otra parte el cuadro jurídico vasallático-beneficial hubiera podido –en principio– desenvolverse con otras formas de ordenación agraria»¹¹⁹.

Distinguir pero sin aislar, relacionar pero sin confundir, conectar pero sin perder de vista los propios y genuinos contornos de ambas realidades, ni *dislocar la realidad social* innecesariamente..., he ahí el reto que plantea el complejo enlace matrimonial entre feudalismo y régimen señorial, del que varios estudiosos se ocuparon a lo largo del siglo pasado.

¹¹⁷ VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 235.

¹¹⁸ VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 235; sobre la mutación feudal, véase el estudio historiográfico elaborado por LAURANSON-ROSAZ, Christian: «La *mutacion feudal*: una cuestion controvertida», *Historiar* 4 (2000), pp. 12-31.

¹¹⁹ «Pese a lo que llevamos dicho, la realidad histórica nos muestra que la sociedad feudal europea (...) hizo del señorío y el régimen señorial su gran soporte económico y el marco a través del cual se ejercía la dirección de grupos humanos ligados al señor por el vínculo territorial. Constituye el señorío la vertiente habitual que enlaza a la mayor parte de los grupos humildes de población con la ordenación feudal. De aquí que la sociedad feudal europea puede ser difícilmente entendida sin el estudio paralelo de las instituciones señoriales que ocupan un destacado lugar, ya que a través de ellas se manifiestan, en las clases inferiores, los vínculos de dependencia de hombre a hombre, representativos de aquélla. Y esa pujanza del régimen señorial (...) se manifiesta también en la Península Ibérica donde adquirió gran desarrollo y perduró tanto tiempo, sin que ello permita, no obstante, prolongar en su verdadero y técnico sentido el feudalismo español, ya que el régimen señorial sobrevivió pasado el siglo xv, dentro de una sociedad en la que se habían ido desdibujando los otros rasgos característicos y constitutivos de un sistema feudal pleno y que no pueden menospreciarse, como tampoco infravalorarse la función (...) ejercida por el señorío dentro del clima feudal, en el que dejó huella indeleble. Porque la conexión entre el cuadro formado por los lazos feudo-vasalláticos y la preponderancia del cuadro guerrero de un lado, y la ordenación agraria, territorial y humana, aportada por el régimen señorial de otro, permite valorar y articular ingredientes que se revelan de hecho indispensables para enjuiciar correctamente a una sociedad feudal que merezca tal calificativo» (MOXÓ, «Sociedad, Estado y Feudalismo», pp. 54-56).

García de Valdeavellano, siguiendo la postura de su maestro –aunque quizás con un estilo menos «tajante»¹²⁰–, describió con estas palabras su parecer al respecto:

«De lo dicho creo que se deduce que no deben identificarse los regímenes *señorial* y *feudal* y que no deja de ser abusivo llamar feudal a un régimen que, como el *señorial*, se desarrolló ya en el Bajo Imperio romano, cuando, desde luego, es evidente que no había *feudos*. Por eso me parece que, en tanto que resulta indudable que en toda la España medieval cabe comprobar la vigencia de un *régimen señorial* que hubo de prolongarse, con éstas o las otras alteraciones, en la Edad Moderna y hasta su abolición por las Cortes de Cádiz en 1811, es, en cambio, inapropiado, en el sentido jurídico más riguroso del término, denominar *feudal* a ese *régimen señorial*. Sin embargo, al entender (...) que puede darse el nombre de *feudalismo* a una forma característica de la Sociedad medieval del Occidente europeo organizado sobre los fundamentos del *régimen señorial* y del *régimen feudal*, me parece admisible –como lo han hecho Marc Bloch y otros historiadores– llamar *Sociedad feudal* a esa Sociedad europea de la Edad Media»¹²¹.

Ciertamente, tan funestas serían las consecuencias de hacer caso omiso de las conexiones existentes entre feudalismo y régimen señorial como, por el contrario, movido por un desmedido afán de reconstrucción «unitaria y orgánica de la sociedad, pero también dinámica y contradictoria, articulada por un sistema de relaciones de dependencia»¹²², presentar como *quasi* idéntico lo diverso, cayendo en los peligros de la concepción del feudalismo en sentido amplio, bien conocidos por todos:

«Los peligros de la concepción del feudalismo en sentido amplio no se nos ocultan. El más importante de todos es quizá la creación de un modelo estereotipado, que se utilice indiscriminadamente para todo tipo de sociedad presuntamente feudal (...). Incluir en un mismo esquema de sociedad feudal a la Europa del siglo XIII y a la del XVII parece una tamaña barbaridad. En el primer caso se vivía en plena madurez del feudalismo; en el segundo, a lo sumo, existían elementos de la antigua sociedad feudal (el régimen señorial) que, aunque quizá todavía dominantes, coexistían con otros totalmente diferentes»¹²³.

¹²⁰ Por emplear la expresión de Valdeón: «El insigne medievalista español (Sánchez Albornoz), por de pronto, establecía una diferencia tajante entre el régimen feudal y el régimen señorial. Lo feudal y lo señorial (...) *son mundos que histórica, jurídica e institucionalmente se distinguen con absoluta precisión, que a veces conviven y se entrecruzan, pero que no cabe confundir*» (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 231).

¹²¹ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*, p. 37.

¹²² BARBERO/VIGIL, *La formación del feudalismo en la Península Ibérica*, pp. 14-15.

¹²³ Valdeón, en su estudio preliminar a la obra de PARAIN, Ch., VILAR, P. (y otros), *El Feudalismo*, ya citada, p. 16; y añade: «Sin embargo, la utilización del término feudalismo para definir el conjunto de la sociedad anterior al triunfo de las revoluciones burguesas tiene también sus ventajas. ¿Cómo podremos denominar a la sociedad europea de los siglos XVI y XVII? (...) Al fin y al cabo, al definir como señorial a los tiempos anteriores a 1789 se dice lo mismo, quizá con

Queda claro, pues, que en la *Sociedad feudal* caben tanto las relaciones feudo-vasalláticas, típicamente feudales, como su soporte económico-social (el señorío), parte que, sin ser la más fundamental del sistema feudal, perduró sin embargo mucho más en el tiempo¹²⁴, de suerte que sólo en esta medida cabe hablar de la existencia del feudalismo hasta los siglos XVIII y XIX, momento en el que, merced a las conquistas liberales, se procedió al desmantelamiento de los pilares del Antiguo Régimen, y con ello, a la supresión del régimen señorial. No en vano se ha dicho que ambos regímenes «se desarrollaron paralelamente, aunque posteriormente cada uno de ellos siguió un camino diferente»¹²⁵.

3. UNA PROPUESTA METODOLÓGICA INTEGRADORA: DE LA CONTRAPOSICIÓN A LA COMPLEMENTARIEDAD. DE LA *REALIDAD SOCIAL DISLOCADA* A UNA VISIÓN INTEGRADORA DEL COMPLEJO SISTEMA FEUDAL EN SUS DIVERSAS ESFERAS

A lo largo de estas páginas hemos ido viendo, partiendo de la perspectiva ganshofiana de feudalismo y de la interpretación que de la misma hiciera la propia historiografía, la riqueza –y complejidad– de contenido que encierra la noción o concepto de feudalismo, así como el enorme interés que esta temática suscitó entre los estudiosos, propiciando un encendido debate, cuya excesiva *ideologización* emponzoñó la propia discusión, que en numerosas ocasiones ha tenido un carácter más político que científico.

En efecto, «no puede negarse que en algunos momentos decantarse por una u otra concepción del feudalismo equivalía, en cierto modo, a aceptar o rechazar la validez del armazón teórico del materialismo histórico»¹²⁶.

más precisión, que cuando los historiadores marxistas afirman que en la sociedad pre-revolucionaria el modo de producción feudal era todavía el dominante».

¹²⁴ «La monarquía absoluta, presunta destructora del feudalismo, por lo menos desde el punto de vista jurídico y político, ni había modificado las relaciones socio-económicas en el campo ni había creado un marco suficientemente amplio para la expansión de la burguesía» (Valdeón, en su estudio preliminar a la obra de PARAIN, Ch., VILAR, P. y otros, *El Feudalismo*, ya citada, p. 15).

¹²⁵ Valdeón, en su estudio preliminar a la obra de PARAIN, Ch., VILAR, P. (y otros), *El Feudalismo*, ya citada, p. 13; no compartimos, sin embargo el parecer de este autor cuando afirma que «el régimen feudal y el régimen señorial nacieron (...) paralelamente», pues pensamos con Valdeavellano que «no deja de ser abusivo llamar feudal a un régimen que, como el *señorial*, se desarrolló ya en el Bajo Imperio romano, cuando, desde luego, es evidente que no había *feudos*» (GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El feudalismo hispánico y otros estudios de historia medieval*, p. 37); sostene-mos en este punto que mientras los precedentes del régimen señorial (que surgirá en territorio peninsular en el siglo XI) pueden encontrarse efectivamente en el Bajo Imperio romano, las raíces del feudalismo (que acamparía en Europa en el siglo IX) pueden hallarse en la etapa visigótica, cuyo clima político, económico y social de crisis, propició el surgimiento de un *protofeudalismo*.

¹²⁶ VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 235.

Por otra parte, tanto el contenido como el tono de determinadas afirmaciones cruzadas entre quienes partían de concepciones feudales diversas –quizás complementarias, pero casi siempre presentadas como antagónicas– pone de manifiesto la presencia de un clima dialéctico¹²⁷, del que ciertamente poco –o nada– cabía esperar.

Pasados estos tiempos de apasionadas y vehementes discusiones¹²⁸, nuestra actual historiografía puede afrontar la cuestión feudal en un clima menos ideologizado y, en consecuencia, más sereno y desapasionado, ambiente ciertamente más propicio para el debate científico.

Otra cosa bien distinta es que se quiera afrontar, pues lo cierto es que actualmente esta temática despierta más bien escaso interés. Parece haberse pasado de la más acalorada y enfervorizada discusión a la indiferencia más absoluta.

Si la historiografía española de finales del siglo xx ya «entiende el feudalismo desde una perspectiva amplia, que comprende al conjunto de las relaciones sociales»¹²⁹, cabría preguntarse sobre el sentido y la conveniencia de volver a plantearnos la noción de feudalismo.

Aunque a día de hoy no se habla ya de replanteamientos¹³⁰, ni parece prestarse demasiada atención a los estudios –ya clásicos en este campo– de Bloch y Ganshof¹³¹, sí se dice estar sin embargo a la espera de un nuevo Bloch que

¹²⁷ Entre nosotros, ciertas afirmaciones de Sánchez Albornoz por una parte, así como de Barbero y Vigil por otra, son una buena muestra de ello.

¹²⁸ «Las discusiones de otro tiempo acerca de la concepción del feudalismo, con frecuencia un tanto bizantinas, han remitido» (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 235).

¹²⁹ VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 235.

¹³⁰ Como hiciera Julio Valdeón en 1971, al final de un lúcido prólogo a una obra en la que se recogían algunas aportaciones sobre el feudalismo de cuño marxista, señala: «¿No parece oportuno efectuar un replanteamiento acerca de los problemas del feudalismo en España? En lugar de insistir en los aspectos diferenciales con el feudalismo europeo, ¿no es más conveniente explicar las articulaciones propias de nuestros modelos, establecer claramente las relaciones entre las estructuras socioeconómicas y las instituciones jurídicas y políticas, y, finalmente, señalar la periodización de nuestra sociedad feudal?» (Valdeón, en su estudio preliminar a la obra de PARAIN, Ch., VILAR, P. y otros, *El Feudalismo*, ya citada, p. 19).

¹³¹ Una ojeada a la historiografía feudal de los últimos años es suficiente para constatar el escaso manejo y cita de estas obras, que bien no se citan (ÁLVAREZ BORGE, Ignacio: *El feudalismo castellano y el libro de Becerro de las Behetrías: La Merindad de Burgos*. Universidad de León, 1987; Díez HERRERA, Carmen: *La formación de la Sociedad feudal en Cantabria. La organización del territorio en los siglos IX y XIV*. Universidad de Cantabria, 1990; RODRÍGUEZ-PICAVEA, Enrique: *La formación del feudalismo en la meseta meridional castellana. Los señorios de la Orden de Calatrava en los siglos XII-XIII*. Madrid, 1994; ÁLVAREZ BORGE, Ignacio (Coord.): *Comunidades locales y poderes feudales en la Edad Media*. Universidad de La Rioja, 2001), bien aparecen en una sola nota al principio del estudio monográfico de que se trate (PENA BOCOS, Esther: *La atribución social del espacio en la Castilla altomedieval. Una nueva aproximación al feudalismo peninsular*. Universidad de Cantabria, 1995; QUINTANILLA, María Concepción: *Nobleza y caballería en la Edad Media*. Madrid, 1996); otros estudiosos, sin embargo, omitiendo referencia alguna a Ganshof, manejan y citan a los seguidores de la línea jurídico institucional (véase, al respecto, ALFONSO ANTÓN, Isabel: «Feudalismo. Instituciones feudales en la Península Ibérica», *En torno al feudalismo hispánico*. I Congreso de Estudios Medievales. Fundación Sán-

lleve a cabo una nueva gran síntesis, encontrándonos todavía ahora «en su etapa preparatoria»¹³².

Mi objetivo no se cifra tanto en persuadir sobre la conveniencia de abordar de nuevo esta cuestión, ni en precipitar –ni mucho menos, acometer– la anhelada nueva síntesis, como en presentar –como reza la propia rúbrica de este apartado– una propuesta metodológica integradora que, sustituyendo la dialéctica por el diálogo, permita pasar de la contraposición a la complementariedad, de la *realidad social dislocada* a una visión integradora del complejo sistema feudal en sus diversas esferas, entre las cuales sigue descollando la del historiador que nos ocupa, cuya obra fue mal interpretada e injustamente denostada por buena parte de la historiografía europea y española del siglo pasado.

A lo largo de estas páginas se ha visto como los medievalistas se han debatido en torno a la noción de feudalismo, realidad que, siendo ciertamente compleja, presenta tres esferas perfectamente diferenciadas: la jurídico-política, la social y la económica; a las cuales yo añadiría –aunque revistiendo quizá una importancia menor– una cuarta esfera: la ideológico-cultural.

A nuestro juicio, si lo que se pretende es utilizar el nombre de feudalismo para referirse a la Europa medieval y moderna, una definición tal –no ya de feudalismo en su sentido estricto, sino– de *sociedad feudal* que eludiera la referencia expresa a alguno de estos cuatro diversos planos se estaría dejando, de entrada, una parte importante de la compleja realidad feudal, incurriendo en el reduccionismo al que desgraciadamente nos ha acostumbrado la historiografía española de los últimos treinta años.

Ciertamente, alguno podría argüir que una definición tan amplia concierne más a lo que vino a ser la sociedad medieval que no el feudalismo. Y no le faltaría razón. Sin embargo, si lo que se pretende es «utilizar el nombre de feudalismo para referirse a esta totalidad social», si se trata –no se sabe por qué, o si se sabe¹³³– de «dar un nombre al sistema que ha funcionado en Europa del

chez-Albornoz. Ávila, 1989, pp. 57-66, en donde recoge la visión de Luis García de Valdeavellano sobre el feudalismo).

¹³² «Un nuevo Bloch hará, dentro de unos años, la nueva gran síntesis. Hoy asumimos que estamos en su etapa preparatoria. Dos problemas aparecen íntimamente relacionados: por un lado, el de la definición o el contenido de los conceptos feudalismo, feudalidad, feudal; por otro lado, el de las áreas geográfico-culturales en las que se desarrolló este tipo de estructura social. Pues resulta indudable que al tratar de comprender variadas regiones europeas como estructuradas en un sistema feudal, el concepto mismo de sistema feudal y todos los que le acompañan arriba mencionados deben ser reajustados, repensados, redefinidos» (Estudio preliminar de Reyna Pastor, en BONNASSIE/BISSON/PASTOR/et alri, *Estructuras feudales y feudalismo en el mundo mediterráneo*, ya citado, p. 8).

¹³³ En efecto, otra cuestión sería la de preguntarse por qué hay que dar un nombre a «la Europa del siglo IV al XIX», cuando ésta no nace antes del Imperio Carolingio, cuya fecha emblemática de inicio fue el 25 de diciembre del año 800, día en el que Carlomagno fue coronado Emperador por el Papa Leon III. Aunque esta cuestión tampoco nos llevaría demasiado lejos, ahora carece de interés pues nos llevaría de nuevo a la *ideologización* del debate, pues según la periodificación marxista de la historia, el siglo IV marca el final de la sociedad antigua y el inicio de la feudal, de tipo precapitalista, y considerada como la antesala de la sociedad liberal capitalista del siglo XIX.

siglo IV al XIX, y el tradicional de feudalismo es el más cómodo, incluso si se funda en una terminología discutible»¹³⁴, en ese caso, siguiendo a Jacques Le Goff, emplearemos el término feudalismo en sentido amplio, sin que ello nos lleve a confundir lo estrictamente feudal con lo señorial, los contenidos propios de lo estrictamente feudal con los concernientes a la *sociedad medieval* que, merced al pujante régimen feudal desarrollado en su seno, también ha venido a denominarse *sociedad feudal*¹³⁵. Veamos a continuación –sucinta y autónomamente– cada uno de estos planos¹³⁶.

a) La esfera jurídico-política (F.L. Ganshof)

Pese a todo, a nadie se le escapa que «constituye la obra de Ganshof *Qu'est que la Féodalité?* una de las más claras exposiciones de conjunto sobre el feudalismo europeo»¹³⁷.

Como se dijo, en ella Ganshof tan sólo pretendió presentar de una manera clara, ordenada y sistemática los elementos jurídico-institucionales del feudalismo (vasallaje, beneficio, etc.), así como sus consecuencias en el plano político, esto es, el surgimiento de una estructura jerárquica piramidal que, formada de pactos privados que sustituían los ya de por sí endebles lazos públicos, daría origen a un *Estado feudal*.

Ciertamente, no parece discutible que la construcción ganshofiana del feudalismo en su vertiente jurídico-institucional no haya sido todavía superada por nadie, por lo menos en el ámbito geográfico del que se ocupó. Ganshof no pretendió, por tanto –y según el mismo expresó–, restringir la noción de feudalismo a ese concreto marco, sino delimitar tan sólo el enfoque o perspectiva de su estudio de lo feudal, realidad más amplia y rica que lo estrictamente institucional.

Moxó, abordando esta esfera política del feudalismo, puso de manifiesto lo que, a su juicio, constituye «la verdadera esencia de lo feudal en el plano político»: a) el debilitamiento del poder real, con el consiguiente ejercicio de la autoridad efectiva por parte de una minoría militar sobre las fuerzas guerreras; b) el predominio de un ejercicio de poder en el ámbito local; y c) «la aparición de una rígida jerarquía feudal, que en forma de ordenación piramidal y a través

¹³⁴ «En esas condiciones, ¿por qué no utilizar el nombre de feudalismo para referirse a esta totalidad social? Jacques Le Goff ha sido tajante al manifestar que hay que dar *un nombre al sistema que ha funcionado en Europa del siglo IV al XIX, y el tradicional de feudalismo es el más cómodo, incluso si se funda en una etimología discutible*» (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», pp. 235-236).

¹³⁵ Este parece ser el punto de vista de Moxó, «Sociedad, Estado y Feudalismo», al sostener que «en cualquier caso conviene deslindar los distintos planos y órdenes que se entrecruzan en el ordenamiento y dinámica de la sociedad medieval, en cuyo seno se desarrolló pujante el régimen feudal con sus características propias» (pp. 23-24).

¹³⁶ Vease, al respecto, Moxó, «Sociedad, Estado y Feudalismo», pp. 23-42.

¹³⁷ Moxó, «Feudalismo europeo y Feudalismo español», p. 60.

de sucesivos escalones conduce del simple súbdito al Monarca, como superior feudal de los grandes señores del país»¹³⁸.

En este sentido, aunque la obra de Ganshof sea susceptible de ser mejorada al estudiar la vertiente jurídico-institucional del feudalismo en los distintos territorios europeos, lo cierto es que tanto el andamiaje conceptual como la estructura y método empleados siguen siendo útiles para quienes pretendan adentrarse en el estudio del feudalismo, sin temor alguno a verse asediados por presentar la *realidad social dislocada*.

b) La esfera social (M. Bloch)

Al historiador francés Marc Bloch se le debe en buena medida el análisis del feudalismo desde la perspectiva social, enfoque desde el que la mayor parte de la historiografía española ha abordado la compleja realidad feudal, en particular –como se ha visto– a partir de la década de los años setenta.

Sin embargo, a diferencia de lo sucedido con la perspectiva jurídico-institucional ganshofiana, la *Sociedad feudal* de Bloch, si bien pasó un tanto desapercibida en España a lo largo de las tres primeras décadas de su publicación, fue luego admirada y seguida por muchos historiadores, obteniendo un *placet* en su interpretación y valoración por parte de la historiografía que contrasta, ciertamente, con el juicio rigorista y censurista que padeció la obra ganshofiana, siendo incluso interpretada contra el sentido y tenor literal expresados por el propio historiador belga.

En el marco de esta perspectiva social del feudalismo cabría estudiar la generalización de relaciones de dependencia personal, tanto las existentes entre los miembros de la nobleza entre sí (relaciones feudo-vasalláticas), como las protagonizadas entre algunos de éstos y quienes llevaban a cabo labores de cultivo y explotación de unas tierras de las que, no siendo propietarios, eran poseedores de las mismas, teniendo que pagar un canon anual a sus titulares, así como realizar un conjunto de prestaciones, propias del régimen señorial. Nos referimos, pues, a las relaciones feudo-señoriales, según la denominación de cuño marxista.

Respecto a las primeras, que probablemente no llegarían a afectar al 1 por 100 del conjunto de aquella sociedad medieval¹³⁹, cabe destacar dos elementos: el personal y el real.

El elemento personal atañe a «las recíprocas obligaciones de lealtad y protección que ligan a vasallo y señor respectivamente, en cuanto así serán calificadas cada una de las partes (...) que concertan tal relación personal de carácter vasallático, sustentada en gran parte por la confianza (...) así como en el

¹³⁸ Moxó, «Sociedad, Estado y Feudalismo», p. 32.

¹³⁹ «El deslinde rígido entre lo señorial y lo feudal, limitando este último, como diría R. Fossier, al relato de las obligaciones y los ritos de menos de un uno por ciento de la población, ha dado paso a una visión integradora» (VALDEÓN BARUQUE, «¿Instituciones feudales o sociedad feudal?», p. 236).

valor personal de uno y otro, puesto que la actitud o conducta heroica constituyen un rasgo característico de la sociedad feudal (...)»¹⁴⁰.

El elemento real se refiere a «la entrega de lotes de tierra (...) preponderantemente en calidad de beneficio o feudo, que constituyen (...) la fortuna patrimonial propia de tales guerreros»¹⁴¹.

Y es precisamente este elemento real (o territorial), cuya importancia vendría incrementándose a lo largo de la Edad Media, el que mejor «explica la anudación de nuevos lazos, cuyo origen no se halla en buena parte en la voluntad expresa de quienes los anudan, sino que vienen determinados por la residencia en villas, aldeas u otros lugares y se establecen entre quienes en ellos habitan, trabajando heredades y huertas, y los miembros del círculo superior de los guerreros-vasallos, que reciben tales tierras, villas y aldeas como peculiar retribución de su señor, o en su caso como herencia patrimonial de su linaje y antepasados»¹⁴². He ahí, pues, la conexión entre las relaciones feudo-vasalláticas y las feudo-señoriales, a través de la concesión benefical, elemento real (o territorial) de la relación vasallática.

El resultado de la suma de las relaciones feudo-vasalláticas y de las feudo-señoriales vendría a conformar aquella sociedad medieval, también denominada *feudal*. Si aquellas primeras desaparecieran con anterioridad a la época moderna, las relaciones feudo-señoriales se mantendrían con todo su vigor hasta finales del siglo XVIII-primer mitad del XIX, momento en el que se suprimiría definitivamente aquel régimen señorial que en la etapa medieval constituyó —como se dijo— el principal soporte económico de aquella *sociedad feudal*.

Traído aquí a colación el régimen señorial al estudiar la sociedad feudal desde una perspectiva social, convendría no obstante volver sobre el mismo al abordar el feudalismo desde la esfera económica, según veremos a continuación.

c) La esfera económica (ciertas corrientes marxistas)

Una vez presentadas las diversas relaciones de dependencia existentes en aquella sociedad feudal medieval, tanto las protagonizadas por el estamento noble (relaciones feudo-vasalláticas) como aquellas que anudan algunos miembros de éste con los campesinos o cultivadores de las tierras (relaciones feudo-señoriales), conviene prestar atención a la vertiente económica o patrimonial del feudalismo, aspecto sobre el que tanto vino a insistirse, en ocasiones tal si fuera el primordial, desde la historiografía de orientación marxista.

Tal esfera económica nos remite tanto al elemento real (o territorial) de las relaciones feudo-vasalláticas como al contenido propiamente económico de la institución del señorío, erigido —como se ha dicho— en el principal soporte económico del complejo sistema feudal.

¹⁴⁰ Moxó, «Sociedad, Estado y Feudalismo», pp. 24-25.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁴² *Ibidem*, p. 25.

Y es que la sociedad feudal se expandió en medio de un clima fundamentalmente agrario, en el que la propiedad territorial revestía de una importancia social de primerísimo orden, constituyendo tales posesiones territoriales (denominados feudos) entregadas a miembros del estamento militar uno de los soportes más consistentes de todo el sistema.

En relación con el clima agrario y el predominio de esas posesiones territoriales se encuentra el régimen señorial, que constituía el régimen de ordenación más habitual de tales posesiones feudales, comprendiendo tanto instituciones agrarias como militares y jurisdiccionales, y constituyendo «la expresión colectiva del vínculo que subordina a la población campesina de los feudos territoriales con los representantes de la aristocracia militar y caballeresca»¹⁴³.

Sin embargo, por mucha conexión que exista entre el feudalismo y el régimen señorial, no por ello conviene confundir ni identificar ambas realidades¹⁴⁴. En efecto, mientras el feudalismo «constituye en su sentido estricto ante todo un engranaje social, que se extiende vigoroso en las capas altas de una sociedad en la que predominan los círculos guerreros, donde van a prevalecer ciertas formas de sumisión personal, que encontrarían gran difusión», el régimen señorial, por el contrario, es una forma de «ordenación y explotación agraria con facultades administrativas de gobierno que se verá, sin duda, favorecida por las relaciones feudales, hasta constituirse en la vertiente inferior en que el sistema se proyecta, de ordinario, hacia las gentes de posición humilde»¹⁴⁵.

En este sentido, pensamos con Moxó que el hecho de que el feudalismo haya impulsado o favorecido una determinada forma de la organización de la producción «no significa la identidad plena con su más difundida proyección económica, que simultánea y posteriormente rebasa el marco feudo-vasallático que en estricto sentido pudiera fijar sus límites en la entrega al vasallo de bienes territoriales, sea cual fuere la forma de explotación de éstos»¹⁴⁶.

Integrar la vertiente económica en la noción de feudalismo, no puede significar, pues, «patrimonializar» lo feudal, confiriendo a esta esfera una preponderancia o un papel desorbitado, como antaño hiciera cierta historiografía de signo marxista, en cuyo seno por otra parte jamás se logró una postura unánime o mayoritaria¹⁴⁷. Ni tampoco desfigurar ni deshilar de este hermoso tapiz de la *sociedad feudal* aquellas partes que gozan de genuina personalidad, pretendiendo sustraer al régimen señorial la autonomía que, *de facto et de iure*, le corresponde.

Transcribimos a continuación un lúcido párrafo que viene a describir sintéticamente la imbricación y –al mismo tiempo– autonomía existentes entre el

¹⁴³ MOXÓ, «Sociedad, Estado y Feudalismo», p. 34.

¹⁴⁴ Al respecto, véase SARASA SÁNCHEZ, Esteban/SERRANO MARTÍN, Eliseo (eds.): *Senorío y feudalismo en la Península Ibérica (siglos XII-XIX)*. Institución «Fernando el Católico». 4 vols., Zaragoza, 1993, cuyo título ya resulta elocuente de por sí.

¹⁴⁵ MOXÓ, «Sociedad, Estado y Feudalismo», p. 35.

¹⁴⁶ MOXÓ, «Sociedad, Estado y Feudalismo», pp. 35-36.

¹⁴⁷ Para constatar esta falta de unanimidad resulta suficiente la lectura y manejo de algunos de los autores más relevantes (Dobb, Sweezy, Dopsch y Kula, entre otros).

feudalismo y el régimen señorial, aspecto ciertamente fundamental para abordar de una manera adecuada la esfera económica de la *sociedad feudal* que nos ocupa:

«El feudalismo y las formas feudales reciben en su seno al régimen señorial de fácil expansión en la sociedad agraria y localista de la temprana Edad Media y lo adaptan al gran sistema social que va forjando, dentro del cual se adivinará como una pieza cada vez más común, hasta el punto de resultar indispensable su presencia en el horizonte social europeo, pero dotado de tal autonomía orgánica dentro de la ordenación general de la sociedad –por su acentuado carácter económico-agrario– que pervivirá fácilmente cuando otros elementos integrantes de la gran sociedad feudal que la Edad Media alumbró se hayan disuelto con el paso de los siglos, la modificación de estructuras y el cambio de mentalidades, o se encuentren –al menos– muy resquebrajados»¹⁴⁸.

d) La esfera ideológico-cultural

Las perspectivas política, social y económica, si bien logran presentar y abarcar en buena medida la casi totalidad del complejo sistema feudal, no lo agotan en su totalidad. Un análisis completo de cualquier sociedad, también de la feudal, exige necesariamente dirigir la mirada hacia los aspectos ideológico-culturales.

Manifestación clara del clima cultural de aquella sociedad feudal lo constituye la literatura, con sus diversos géneros, siempre estrechamente ligada al ambiente militar, a la mentalidad, anhelo e ilusiones del estamento social prevalente y rector de la época. No es extraño, así pues, que la caballería feudal se erigiera en la fuente principal de inspiración de la Literatura medieval europea.

La poesía épica, con sus Cantares de Gesta y *chansons*, lograban encumbrar a ciertas figuras y linajes, así como al grupo aristocrático que encabezaba aquella sociedad feudal.

Según el parecer de Moxó, «el poeta de los siglos XI y XII se halla más hondamente ligado a la sociedad de su tiempo que el de ninguna otra época y (...) sus poemas reflejan los sentimientos y aspiraciones de un grupo homogéneo y predominante»¹⁴⁹.

Junto a las manifestaciones propiamente literarias, también el arte presenta y representa el oficio bélico en capiteles y adornos de los «templos románicos, estilo artístico, sin duda, que puede considerarse como el propio de la Europa feudal¹⁵⁰».

He ahí, pues, nuestra propuesta metodológica, que no pretende otra cosa que ensamblar diversas perspectivas y presentar como complementarias las

¹⁴⁸ Moxó, «Sociedad, Estado y Feudalismo», p. 38.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹⁵⁰ *Ibidem* p. 41.

que se decían ser antagónicas, como compatibles las contrapuestas. Para ello, la noción de feudalismo debe integrar todas y cada una de estas esferas (política, social, económica y cultural), siendo todas ellas compatibles entre sí, siempre y cuando no se confiera a ninguna una importancia desmesurada que venga a descompensar el equilibrio, emergiendo de nuevo el tono dialéctico y de contraposición.

En este sentido, resultó sumamente oportuna en su momento aquella afirmación de que «el feudalismo no constituye un fenómeno exclusivamente político, ni excluyentemente económico, sino predominantemente social», planteamiento que nos sigue pareciendo válido, siempre y cuando, al abordar el feudalismo como fenómeno social en general, se preste atención, y en su justa medida, a las cuatro diversas esferas a las que acabamos de referirnos.

ANICETO MASFERRER
DIRK HEIRBAUT

La Biblioteca Jurídica de don Fernando Queipo de Llano y Valdés, Consejero de Carlos II en el Real de Órdenes (1677)

Desde comienzos del siglo XVI surge, en el escenario político europeo, lo que se ha dado en llamar los *Estados Modernos*, en cuya gestación y posterior desarrollo tuvieron decisiva importancia unas monarquías poderosas y autoritarias y una centralización administrativa que, poco a poco, van a ir creando toda una serie de instituciones estatales tendentes a imponerse sobre los particularismos locales. Si en un principio aquella estructura político-administrativa adoptó formas relativamente sencillas *se hizo más compleja al potenciar el Estado su propia actividad y aplicarla a campos diversos. Ello llevó consigo un crecimiento de organismos técnicos en lo central, territorial y local, donde se instala una pléyade de funcionarios cada vez más nutrida*¹.

Este proceso va ser general en toda Europa pero mucho más acusado en la España de los Reyes Católicos y de Carlos V, debido a toda una serie de acontecimientos históricos, de todos conocidos, que convirtieron a la nación surgida del matrimonio de Fernando de Aragón e Isabel de Castilla en el centro de un Imperio tan extenso como aparatoso. Para gobernar aquel conglomerado de tierras y gentes, tan diferentes entre si, la Monarquía hispana se apoyó en el llamado *régimen polisindial*, quien va a vertebrar la administración central gracias a la creación de unos organismos colegiados, los llamados Consejos, que a mediados del siglo XVII alcanzaron el número de quince. Uno de aquellos Consejos fue el Real de Órdenes, cuya misión era el gobierno y administración de las tres órdenes de caballería castellanas: Santiago, Calatrava y Alcántara.

¹ ESCUDERO, José Antonio: *Curso de Historia del Derecho*, 6ª ed., Madrid 1990, p. 755.

La orden aragonesa de Montesa, aunque su maestrazgo quedó incorporado a la Corona en tiempos de Felipe II (1597), únicamente se integró en el Consejo de Órdenes a comienzos del siglo XVIII y un lugarteniente representaba la autoridad real.

La fecha de creación del Consejo de Órdenes no se conoce con exactitud, aunque *en torno a 1495, puede hablarse de un Consejo para las Órdenes de Santiago y Calatrava y solamente desde 1498, cuando a este Consejo se agregó el gobierno de Alcántara, podemos considerar que existe ya un Consejo de Órdenes que conocía en nombre del rey como administrador y de S.S. lo que antes conocía el maestre*².

A lo largo del siglo XVII los distintos monarcas hispanos de la Casa de Austria fueron pródigos en otorgar nombramientos de consejeros del Real de Órdenes y premiar con ello fidelidades y servicios. Felipe III nombró veinte y ocho consejeros, Felipe IV, sesenta y seis y Carlos II, cincuenta y tres, entre ellos al hidalgo asturiano Don Fernando Queipo de Llano y Valdés³.

Don Fernando Queipo de Llano y Valdés nació en la localidad asturiana de Cangas de Tineo, siendo hijo de Don Suero Queipo de Llano, natural de la misma población de la que fue alférez mayor y miembro de su consejo, y de Doña Isabel Bernaldo de Quirós que lo era de Pola de Lena. De aquella unión nacieron, además de Fernando, Álvaro, Suero, Diego y Catalina. Don Fernando Queipo de Llano y Valdés casó con la dama madrileña Doña Felipa de Mármol Márquez, hija de Don Juan Álvarez de Mármol y de Doña María Márquez. El matrimonio residió algún tiempo de Valladolid y en aquella ciudad nació su hijo, Don Manuel Queipo de Llano Valdés del Mármol, que en 1671 ingresó en la Orden de Santiago y que entre otros cargos ocupó el de corregidor de la ciudad de Ávila durante el reinado de Carlos II⁴.

Don Fernando Queipo de Llano y Valdés fue caballero de la Orden de Santiago, en la que ingresó en 1665, y miembro del Consejo de Órdenes por nombramiento de Carlos II, y en el que permaneció hasta su muerte en 1677.

El 30 de agosto de 1677 Doña Felipa de Mármol declaraba que en aquella fecha había fallecido su esposo Don Fernando Queipo de Llano y Valdés *caballero de la Orden de Santiago y del Consejo de Su Magestad en el Real de Órdenes*, dejando por heredero a su hijo Don Manuel, *que esta sirviendo a Su Magestad de su corregidor de la ciudad de Ávila*.

Tras la muerte de su marido Doña Felipa de Mármol mandó hacer el inventario de sus bienes y pertenencias, lo que se llevó a cabo el 6 de septiembre de 1677 y diez días más tarde se procedió a la tasación de todo ello⁵. El mismo día 16 de septiembre de 1677 Manuel Mayers *contraste en esta Corte* ponía

² POSTIGO CASTELLANOS, Elena: *Honor y privilegio en la Corona de Castilla. El Consejo de las Órdenes y los Caballeros de Hábito en el siglo XVII*, Junta de Castilla y León, Soria, 1988, p. 37.

³ POSTIGO CASTELLANOS, Elena: *Op. cit.*, pp. 107-110.

⁴ Sobre la familia Queipo de Llano véase GARCÍA CARRAFA, Alberto y Arturo: *Enciclopedia heráldica y genealógica hispano-americana*, Tomo XXXXXXXV, Madrid MCMLV, p. 103.

⁵ Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Protocolo = 7823, ff. 569-619.

precio a los objetos de plata, un conjunto de piezas de uso doméstico que ponen de manifiesto la importancia de la platería civil en la época. De esta manera se registraban numerosos platos, escudillas, tembladeras, vasos, salvas, candeleros, jarros, cucharas y candiles.

El 4 de octubre de 1677 Dionisio de Carvallo *maestro ebanista que vive en la calle del Arenal, en casas del Colegio de Santa Catalina de los Donados*, tasaba los muebles, de los que eran piezas valiosas un escritorio de ébano y marfil, valorado en 660 reales y un pequeño contador de palo santo y ébano con embutidos de caoba y naranjo, que lo fue en 264 reales.

«– Primeramente un bufete de nogal, de zerca de bara y media de largo y bara de ancho con sus yerros quadrados, de tres quartas de alto, 176 rs.– un escritorio de ebano de Portugal y marfil, de bara y sesma con nueve navetas y su puerta de marqueteria y cubierto por de fuera de ebano, palo santo y box con sus aldavones quadrados y dorados, 660 rs.– un contadorcito de tapa, de palo santo y ebano embutido de madera de naranjo y caoba y su cordon a las esquinas de ebano y naranjo, de media bara de largo y terzia de fondo y una quarta de alto, 264 rs.– un scriptorio y tocador de nogal cubierto de raiz de olivo, de dos tercias de largo y terzia en quadrado de alto, 100 rs.– dos bufetes de estrado cubiertos de cañamazo con pies de peral, con sus perfiles gravados en el tinte, con sus yerros eseados y con sus manzanas, 200 rs.– mas un bufete con su tabla de caoba, con sus yerros y sus pies de madera de la Yndia, de bara y dos tercias de largo y una bara de ancho, 350 rs.– una cruz de peral con su peana embutida con unas reliquias a trechos, 33 rs.– ocho sillas de cañamazo con su clavazon dorada, traydas, 440 rs.– doze sillas de baqueta colorada, muy viexas, 396 rs.– un espexo dibuxado de diferentes figuras de relieve, plateado con su luna de a diez y ocho adiamantada, 300 rs.– cinco sillas de damasco azul bordado de peynezillo anteado, bien tratadas, 880 rs.– dos taburetes de terciopelo carmesi con su clavazon de bronze dorado y su galon de oro, 154 rs.– quatro bufetes de nogal con sus cavezeras de lo mismo, 264 rs.– una cama de nogal hordinaria, de una cavezera, 66 rs.– un catre de nogal de una cavezera, 66 rs.– cinco camas de tablas, de criados, 50 rs.– un bufete pequeño cubierto de baqueta colorada con su fluco berde alrededor, 30 rs.– una papelera de pino cubierta de damasco viexo, de una bara de largo poco mas o menos, 12 rs.– un brasero de palo santo perfilado de bronze con su bazia de bronze dorada, ochavada, con quatro garras de bronze por pies y concha de metal, 400 rs.– un brasero de nogal liso, de hechura ochavada con su bazia de cobre, 30 rs.– un escritorio pequeño de zedro con su puerta de red de alambra, 40 rs.– un bufete pequeño de cañamazo, de bara y terzia de largo y una terzia de alto y dos de ancho, viexo, 33 rs.– dos espexos de madera de peral, el uno de media bara poco mas o menos, el marco quebrado, y el otro de madera de ebano y peral, de tres quartas de alto con su luna de media bara, 400 rs.– dos cofres de baqueta colorada ya traydos, forrados en olandilla azul y dos zerraduras cada uno, 110 rs.– otros dos cofres de baqueta negra, forrados en olandilla verde, viexos, con dos zerraduras, 66 rs.– otro cofre grande cubierto de pellexo, barreteado de yerro, forrado en lienzo blanco y huecos para dos zerraduras, 55 rs.– otro cofre de hechura de arca, muy viexo, forrado en olandilla, de mas de bara y terzia de largo poco mas o menos, 24 rs.– un cofre cubierto de badana negra, sin aforro, de bara y terzia de largo poco mas

o menos, 24 rs.— dos arcas pequeñas de nogal, de dos terzias de largo poco mas o menos, con sus zerraduras y llaves, 66 rs.— un bufetillo de nogal con su caxon, de tres quartas de largo poco mas o menos, 44 rs.— otro bufetillo de nogal, de media bara de largo poco mas o menos, 14 rs.— un bufete cubierto de baqueta muy viexo con sus yerros cortos, eseados y amascarados, 33 rs».

Al finalizar su trabajo Dionisio de Carvallo no puedo firmar la tasación por confesar *no saver*.

En el ya citado día 4 de octubre de 1677 Juan Mateo *maestro pintor que dijo vivir en la calle de las Fuentes, en casas del convento de San Martín*, tasa-ba la pequeña colección artística de Don Fernando Queipo de Llano y Valdés, compuesta por cuarenta y dos pinturas, con una temática predominantemente paisajística con algunos fruteros y varias escenas religiosas.

« — Primeramente diez payses viexos con marcos antiguos, dorados y negros, de bara y quarta de ancho, 160 rs.— mas nueve paisés, los ocho yguales y otro mas pequeño, de boscaxes y hermitaños, de mas de bara y quarta poco mas, 594 rs.— otro quadro de la Visitazion de Santa Ysavel con su marco negro ancho, labrado de peral, de bara en quadro poco mas o menos, 250 rs.— ocho pinturas pequeñas de diferentes Santos con sus marcos negros, de mas de quarta, 400 rs.— mas doze fruteros yguales, de bara de largo poco mas o menos, 480 rs.— un pais de un hermitaño con su marco negro, de mas de bara de largo, 30 rs.— una pintura de San Juan de Dios con su marco negro, de bara en quadro poco mas o menos, 44 rs.

Del pintor Juan Mateo, cuyo segundo apellido era Escudero, no conocemos ninguna obra de su mano, aunque si su actividad como tasador. Asi el 13 de enero de 1698 valoraba las pinturas y esculturas que quedaron a la muerte de Don Manuel Martínez Manibardo:

«— Primeramente un cuadro de Santa Theresa con marco negro, de mas de a bara, 36 rs.— mas otro de Nuestra Señora de la Soledad, de dos baras de largo con marco negro, 44 rs.— mas otro de Nuestra Señora del Rosario, de cinco quartas de alto con marco negro y dorado, 24 rs.— otro de San Francisco de dos baras de alto con marco negro, 80 rs.— otro de Nuestra Señora con un libro en la mano, de bara y media de largo, con marco negro, 24 rs.— otro de San Francisco abrazado con Nuestro Señor Crucificado, de tres quartas de largo con marco negro, 15 rs.— otro de Abel y Caín, de dos baras de largo con marco negro, 88 rs.— una lamina sobre cobre de la Combercion de San Pablo con marco negro, de tres quartas de alto, 100 rs.— un San Pedro, de bara y media de alto con marco negro, 30 rs.— un lienzo sin marco, pintura de San Antonio, 8 rs.— otro de Santa Maria Magdalena, de mas de bara de alto con marco negro, 20 rs.— otro de Nuestro Señor Crucificado del mismo tamaño, con marco negro y dorado, 33 rs.— mas otra pintura de un Niño Jesus, sin marco, 6 rs.— otra de Nuestra Señora, pequeña, en tabla, 6 rs.— otra de Nuestra Señora de la leche, pequeña, 6 rs.— otra de bulto bestida, hechura de Nuestra Señora, 22 rs.— mas otro lienzo de San Juan Baupstista en la carzel, con marco negro, 30 rs.— otra pintura de San Joseph en tabla y otra de Nuestro Señor crucificado y al pie la Magdalena, 12 rs.— un dosel de damasco

*carmesi y una echura de Nuestro Señor crucificado, 40 rs.— dos espejos de a terzia cada uno con sus conchas estañadas, 60 rs»*⁶.

El 22 de noviembre de 1700 Juan Mateo volvía a ser requerido para realizar otra tasación de pinturas, las que quedaron a la muerte de Doña María de Velasco, entre las que se contaban originales de El Greco y Ribera⁷.

El 4 de octubre de 1677 Agustín Merino *maestro tapicero que tiene su tienda en la calle que llaman de los Bordadores, en casas de los padres de la Compañía de Jesus de la casa profesa* valoraba los textiles de Don Fernando Queipo de Llano y Valdés, que incluían varios tapices y reposteros así como alfombras turcas y de Alcaraz.

«— Primeramente una alfombra turca, de nueve baras de largo y quatro de ancho, 2882 rs.— mas otra alfombra turca, gastados los negros, con algunos aguxeros, de ocho baras menos quarta de largo y quatro de ancho, 1550 rs.— mas un tapete de la Yndia para delante de la cama, de dos baras y quarta de largo poco mas o menos y bara y media de ancho, 300 rs.— mas una alfombrilla de Alcaraz muy vieja, 30 rs.— quatro reposteros, los dos con escudos de armas con morriones por remates y los otros dos angostos asimismo con escudos de armas, 146 rs».

Agustín Merino debió ser un profesional de cierto prestigio en el Madrid de Carlos II, y ello queda demostrado por la frecuencia que era llamado para tasar alfombras y tapices. Así el 17 de abril de 1676 ponía precio a los textiles que dejó a su muerte Doña Magdalena de Espinosa, pocos y mal conservados:

*«— Primeramente una alfombra pequeña, blanca y negra, vieja y aguxereada, 60 rs.— mas otra alfombra blanca y berde, pequeña, comida de polilla, agujereada, muy maltratada, 100 rs.— mas tres piernas de terciopelo azul de colgadura, viejas y maltratadas, 99 rs»*⁸.

El 26 de mayo de 1680 Agustín Merino tasaba los valiosos tapices, reposteros y alfombras que poseyó hasta su muerte Don Juan Jacinto Chiriboga, caballero de la Orden de Santiago y señor de las villas de Fresno de Torote y Valmediano.

*«— Primeramente una tapizeria de seis paños, nueva, de quatro anas y media de caída y treinta y quatro menos quarta de corrida, 7600 rs.— mas seis reposteros con dos sobrepuestas, de Salamanca, 1420 rs.— mas una alfombra turca de quarenta y cinco baras, 2700 rs.— mas una alfombra de Alcaraz, vieja, de tres baras y media de largo, 150 rs.— mas otra alfombra de Alcaraz, de siete baras de largo y tres y media de ancho, 1600 rs»*⁹.

⁶ Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Protocolo = 13207, ff. 700-701 v.

⁷ AGULLÓ y COBO, Mercedes.—*Noticias sobre pintores madrileños de los siglos XVI y XVII*, Universidad de Granada, Granada, 1978, pp. 215-217.

⁸ Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Protocolo = 12008, ff. 110-110 v.

⁹ Archivo Histórico de Protocolos de Madrid. Protocolo = 8169, ff. 52-52 v.

El 8 de octubre de 1677, Úrsula Pérez *costurera*, tasaba la ropa blanca y un día más tarde Andrés Bejarano *maestro herrador*, Juan de Mejorada *sastre* y Manuel González *calderero*, valoraban respectivamente las mulas, los vestidos y los utensilios de cocina. El 9 de octubre de 1677 Diego Gadeón *maestro de coches* hacía lo propio con lo referente a su oficio:

«— Primeramente un coche muy viexo con cortinas de damasco para el verano y de cordellate para el ybierno, con sus antepechos de baqueta y enzerado y el caparazon y rodapiés de lo mismo y lo demas que le perteneze muy viexo y maltratado, 1200 rs.— asimismo una silla de manos de baqueta colorada con cortinas de damasco carmesi y otras de paño berde con clavazon dorada con clavos grandes y tachuelas aforradas por adentro en damasco carmesi con quatro bidrieras cristalinas, la una quebrada, 550 rs».

El 12 de octubre de 1677 Juan Martín Merinero *librero que vive enfrente de las gradas de San Phelipe en casas de Don Juan de Molina* se encargaba de valorar la muy importante biblioteca de Don Fernando Queipo de Llano y Valdés, formada por un total de 474 tomos, de los que 65 *de varias materias, ympresiones y año* se tasaron en su conjunto, sin especificar títulos ni autores, y muy abundante en obras jurídicas.

El hispanista francés Maxime Chevalier en su clásico estudio sobre la lectura y los lectores en la España de los siglos XVI y XVII coloca a los miembros de las profesiones liberales, letrados, abogados, notarios, médicos, arquitectos y pintores, como el grupo social más proclive a la lectura y por ende a formar sus propias bibliotecas¹⁰. Es por ello que cada uno de aquellos profesionales poseían los libros más adecuados para mejor desempeñar sus trabajos, además de contar con otras obras para satisfacer su curiosidad cultural.

Don Fernando Queipo de Llano y Valdés fue persona de una gran formación jurídica, puesto que en su biblioteca se registraban las obras de autores tan prestigiosos, en el campo del derecho, como los italianos Baldo de Ubaldis, Bártulo de Sassoferrato, Felipe Decio y Roberto Maranta, los franceses Bernabé Brisson y Andrés Tiraqueau, los portugueses Pedro Barbossa y Duarte Caldera y los españoles Gregorio López Madera, Juan de Narbona, Diego de Covarrubias, Arias Pinello, Juan Bautista Larrea, Diego Espinosa de Cáceres, Francisco Avilés, Ignacio de Lasarte, Luis Peguera, Sebastián Ximénez, Pedro Agustín Morla, Pedro Carrillo de Acuña, Diego del Castillo Villasante, Cristóbal de Paz, Amador Rodríguez, Alfonso de Acevedo, Alfonso de Narbona, Tello Fernández, Tomás de Mieres, Tomás Carleval, Antonio Gómez, Alonso de Villadiego, Gaspar de Hermosilla, etc.

Tenía además las obras de Platón, Plutarco, Ptolomeo y Séneca, la *Historia de España*, de Juan de Mariana, los *Emblemas*, de Andrés Alciato, los *Sucesos de la Monarquía de España*, de Virgilio Malvezzi, la *Histórica relación del reino de Chile*, de Alonso de Ovalle, etc. A destacar como algo insólito para la

¹⁰ CHEVALIER, Maxime: *Lectura y lectores en la España de los siglos XVI y XVII*, ed. Turner, Madrid, 1976, p. 20.

época, la escasa representación en la biblioteca del caballero asturiano de obras religiosas.

LIBROS

Primeramente seis tomos del Derecho civil ympresion de Paris el año de mill quinientos y setenta y seis, 200 rs.

Quatro tomos Canonico ympresion de Lugduni el año de mill seiscientos y seis, 130 rs.

Mas tres tomos Bellamera Lectura ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y quarenta y ocho (Gilles BELLAMERA: *Lectura*, Lyon, 1548), 33 rs.

Ocho tomos de Angelo Ubaldi ympresion de Turin el año mil quinientos y ochenta (Angelo BALDO DE UBALDIS: *Opera*, Turín, 1580), 80 rs.

Mas siete tomos Buttino opera ympresion de Lugduni año de mill quinientos cionquenta y seis, 66 rs.

Dos tomos Purpuretto in Codizen ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y ochenta, 22 rs.

Diez tomos Ananias in Decretalium ympresion de Lugduni el año de mil quinientos y cinquenta y tres, 30 rs.

Quatro tomos Filini Lecturas ympresion de Turin el año de mill quinientos y setenta y ocho, 36 rs.

Doze tomos de los tratados de los doctores, letra antigua, 150 rs.

Un tomo Ynocencio in Decretalium letra antigua (INOCENCIO IV PAPA: *Apparatus super quinque libros Decretalium*, Colonia, 1478), 12 rs.

Mas dos tomos de Vela Disertaciones el tomo segundo en papel, falto, ympresion de Granada el año de seiscientos y setenta y quatro (José VELA: *Disertationis juris controversae in Hispalium Senatu*, Granada, 1638), 66 rs.

Diez tomos Bartuli opera ympresion de Turin el año de mill quinientos y ochenta y nueve (Bártulo DE SASSOFERRATO: *Opera*, Basilea, 1588-1589), 100 rs.

Otros diez tomos Baldi opera ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y ochenta y cinco (Angelo BALDO DE UBALDIS: *Opera*, Lyon, 1585), 100 rs.

Un tomo Alborotus sup feudi, Lugduni el año de quinientos y cinquenta y cinco, 10 rs.

Otro tomo Archidiaconus Sup. Decretalium ympresion de Venezia el año de mill quinientos y setenta y dos (ARCHIDIACONUS: *Super Decreto D. Guidonis de Baiisio Archidiaconi enarratio super decreto*, Lyon, 1558), 12 rs.

Siete tomos Repetizioni canonicas ympresion de Venezia el año de mill quinientos y ochenta y siete, 130 rs.

Mas tres tomos Comunes opiniones ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y setenta y seis, 44 rs.

Dos tomos Consejos de Decio ympresion de Turin el año de mill quinientos y setenta y nueve (Filipo DECIO: *Consilia*, Turín, 1579), 22 rs.

Un tomo Suma Hostiensis ympresion de Turin el año de mill quinientos y setenta y nueve, 12 rs.

Otro tomo Angelo a Santo Geminiano ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y cinquenta y quatro, 10 rs.

Dos tomos Questiones regulares de fray Manuel Rodriguez ympresion de Lugduni el año de mill y seiscientos y tres (fray Manuel RODRÍGUEZ: *Cuestiones regulares et canonicae*, Salamanca, 1598), 44 rs.

Mas dos tomos Reguli utriusque juris ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y ochenta y siete, 18 rs.

Un tomo Brissonio de formulis ympresion de Paris el año de mill quinientos y ochenta y siete (Bernabé BRISSON: *De formulis et solemnibus populis romani*, París, 1583), 15 rs.

Mas dos tomos de Hermosilla yn quinta Partida ympresion de Baeza el año de mill seiscientos y treynta y quatro (Gaspar DE HERMOSILLA: *Additiones, notae et resolotiones ad 7 Partitum glosas et cogita dectiss Gregorii Lopiti*, Baeza, 1634), 100 rs.

Mas otro politica de Villadiego ympresion de Valladolid año de seiscientos y treynta y seis (Alonso DE VILLADIEGO: *Instrucción Política y práctica judicial*, Madrid, 1612), 26 rs.

Mas otro Ayora de Partizionibus Compluti el año de quinientos y setenta y cinco (Francisco AYORA: *De partitionibus*, Alcalá de Henares, 1575), 18 rs.

Otro tomo de Avendaño de zensibus Compluti el año de seiscientos y catorze (Luis VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: *Tractatus de censibus Hispaniae*, Acalá de Henares, 1614), 40 rs.

Mas otro tomo de Exsequendio ympresion de Madrid en dicho año de seiecientos y catorze (Pedro NÚÑEZ DE AVENDAÑO: *De exequendis mandatis regum Hispaniae*, Salamanca, 1554), 12 rs.

Otro tomo de Leges de Tauri ympresion de madrid el año de mill seiscientos y treze, 6 rs.

Mas dos tomos de Antonio Gomez opera ympresion de Salamanca el año de quinientos y noventa y ocho (Antonio GÓMEZ: *Opus praeclarum et utilissimus super legibus Tauri*, Salamanca, 1598), 30 rs.

Mas un tomo de Gonzalez yn regula octava chanzillerias en Colonia año de seiscientos y diez y siete (Jerónimo GONZÁLEZ: *Dilucidium ac perutile glosseama seu Commentatio ad regulam octavum Cancellariae*, Roma, 1604), 24 rs.

Mas un tomo Carleval de judicis ympresion de Madrid año desiecientos y quarenta y nueve (Tomás CARLEVAL: *Disputationum iuis*, Nápoles, 1634), 55 rs.

Mas otro tomo de Garzia de Novilitate ympresion de Valladolid año de quinientos y sesenta y ocho, 18 rs.

Mas otros dos tomos Mieres de Mayoratibus ympresion de Madrid año de siecientos y veynte (Tomás DE MIERES: *De maioratibus*, Madrid, 1620), 82 rs.

Otro tomo Feliziano de censibus, varios años y ympresiones, 30 rs.

Otro Tello Fernandez yn leges Tauri ympresion de Madrid año de quinientos y sesenta y cinco (Tello FERNÁNDEZ: *Prima pars commantarium in primas triguinta et octo leges*, Tauri, Madrid, 1565), 6 rs.

Un tomo Garzia de Benefizis en Colonia año de seiscientos y diez y ocho (Nicolás GARCÍA: *Tractatus de beneficiis amplissimus*, Zaragoza, 1609, Colonia 1618), 77 rs.

Dos tomos de Bonancina opera Douai año de mill seiscientos y treynta y dos, 160 rs.

Mas otro tomo de Matienzo yn quinta Recopilazion ympresion de Madrid año de quinientos y ochenta (Juan DE MATIENZO: *In libro V Collectionis legum Hispaniae*, Madrid, 1580), 40 rs.

Mas otro tomo de Morquecho de Divisione bonorum ympresion de Madrid año de seiscientos y uno (P. S. MORQUECHO: *De bonorum divisione*, Madrid, 1601), 30 rs.

Mas otro tomo de Escovar de raziozinis ympresion de Medina del Campo mill seiscientos y tres (Francisco MUÑOZ DE ESCOBAR: *De ratiociniis administratorum*, Medina del Campo, 1603), 20 rs.

Mas un tomo Lara de las tres Grazias ympresion de Madrid año de mill y seiscientos y ocho, 24 rs.

Mas otro tomo ydem de Anibersaris Capellanis ympresion de Madrid de mill seiscientos y seis, 8 rs.

Mas otro tomo Narvona in recopilazion ympresion de Toledo año de mill seiscientos y veynte y quatro (Alfonso DE NARBONA: *Commentaria in tertiam partem novae Recopliationis legum Hispaniae*, Toledo, 1624), 60 rs.

Mas otro tomo Salzedo de lege Politica ympresion de Madrid de el año de mill seiscientos y quarenta y dos (Francisco SALCEDO: *De lege politica*, Madrid, 1642), 20 rs.

Mas otro tomo in recopilazion ympresion de Madrid el año de mill seiscientos y quarenta y quatro, 77 rs.

Mas dos tomos Hordamiento real ympresion de Salamanca el año de mill quinientos y setenta y quatro, 30 rs.

Mas dos tomos Paz de tenuta Pinzie el año de mill y seiscientos y quinze (Cristóbal PAZ: *De tenuta seu interduto et remedio possessorio summarissimo*, Valladolid, 1615), 36 rs.

Mas dos tomos Azevedo opera ympresion de Madrid varios años (Alfonso DE ACEVEDO: *Commentariorum juris civilis in Hispaniae*, Valladolid-Madrid 1594-1607, Madrid, 1612), 180 rs.

Un tomo Suma de Azon ympresion de Lugduni del año de mill quinientos y ocho (Porcio AZÓN: *Summa sobre el Codigo y las Instituciones de Justiniano*, Lyon, 1508), 10 rs.

Otro tomo Nogueroles Alegaziones ympresion de Madrid del año de mill seiscientos y quarenta y uno (Pedro DÍAZ NOGUEROL: *Allegationis iuris*, Madrid, 1641), 44 rs.

Otro tomo Paz in leg. stili ympresion de Madrid del año de mill seiscientos y veinte y ocho (Cristóbal de PAZ: *Scholia in leges stili*, Madrid, 1608), 10 rs.

Mas otro tomo Rodriguez de ejecuzione ympresion de Madrid del año de mill y seiscientos y treze (Amador RODRÍGUEZ: *De executione seu tenuta*, Madrid, 1613), 14 rs.

Otro tomo Concurso creditorum ympresion de Madrid del año de mill y seiscientos y diez y seis, 10 rs.

Otro tomo Albaro Velasco de jure ynfiteutico ympresion de Lisboa del año de mill seiscientos y veynte y uno, 12 rs.

Otro tomo Consultaziones de Lisboa su ympresion del año de mill quinientos y setenta y ocho, 12 rs.

Otro tomo Pichiardo in ynstituta tomo primero ympresion de Salamanca del año de mill y seiscientos (Antonio PICHARDI: *In quator Institutionum Justiniani libros commentaria*, Salamanca, 1600), 14 rs.

Otro tomo Alvarado de coniecturis ympresion de Sevilla del año de mill quinientos y setenta y ocho. 10 rs.

Un tomo Castillo in leges Tauri ympresion de Medina del Campo del año de mill quinientos y setenta y tres (Diego DEL CASTILLO VILLASANTE: *Las leyes de Toro glosadas*, Burgos, 1527), 10 rs.

Otro tomo Padilla opera ympresion de Salamanca del año de mill quinientos y sesenta y tres (Antonio PADILLA Y MENESES: *In quaedam imperitorum*, Salamanca, 1563), 10 rs.

Otro tomo Fuero Real de España letra antigua (Seguramente Fuero Real con glosa latina de Alfonso DÍAZ DE MONTALVO, 1491), 6 rs.

Otro tomo Mexia a la ley de Toledo ympresion de Sevilla del año de mill quinientos y sesenta y ocho (Luis MEJÍA PONCE DE LEÓN: *In legem Regiam Toleti*, Sevilla, 1568), 12 rs.

Otro tomo Salzedo Practica canonica ympresion de Alcala el año de mill quinientos y noventa y siete, 10 rs.

Otro tomo Paramo de oficio Inquisitione ympresion de Madrid año de mill quinientos y noventa y ocho (Luis DE PÁRAMO: *De origine et progressu officii Sanctae Inquisitionis ejusque dignitate et utilitate, nec non et Romani Pontificis potestate*, Madrid, 1598), 80 rs.

Mas tres tomos varios de Zevallos varias ympresiones y años, 36 rs.

Mas quatro tomos de Navarro opera ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y ochenta y nueve, 70 rs.

Mas otro tomo Lessio de Justizia et jure ympresion de Lugduni el año de mill seiscientos y veinte y dos (Leonardo LESSIUS: *De Iustitia et iure caeterique virtutibus*, Lovaina, 1605), 40 rs.

Mas otro tomo de censsuris ympresion de Venetia el año de mill seiscientos y catorce, 10 rs.

Mas otro tomo Suma de Aço tomo terzero ympresion de Lugduni el año de mill y seiscientos y trece (AZZONE DEI PONCI: *In ius civile Summa*, Lyon, 1564), 16 rs.

Mas otro tomo Sanchez in Decalogi ympresion de Madrid el año de mill seiscientos y treze (Tomás SÁNCHEZ: *Opus moralis in praecepta Decalogi*, Madrid, 1613), 20 rs.

Mas otro tomo Carrillo Decisiones de la Rota ympresion de Lugduni el año de mill seiscientos y sesenta y cinco (Pedro CARRILLO DE ACUÑA: *Decissiones Sacrae Rotae Romanae*, Lyon, 1665), 33 rs.

Mas otro tomo Navarrete Discursos Politicos ympresion de Madrid el año de mill seiscientos y veinte y seis (Pedro FERNÁNDEZ DE NAVARRETE: *Discursos políticos*, Barcelona, 1621, Madrid 1626), 40 rs.

Mas otro tomo Morla Emporium juris ympresion de Valenzia el año de mill quinientos y noventa y nueve (Pedro Agustín MORLA: *Emporium utriusque iuris*, Valencia, 1599), 22 rs.

Dos tomos Concordanzias de Ximenez ympresion de Madrid el año de mill seiscientos y once (Sebastián XIMÉNEZ: *Concordantiae utriusque juris civilis et canonici*, Toledo, 1596-Madrid, 1611), 66 rs.

Mas un tomo de Primacia de Toledo sin prinzipio ympresion de Madrid el año de mill seiscientos y treinta (Diego CATEJÓN Y FONSECA: *Primacia de la Santa Iglesia de Toledo defendida contra las impugnaciones de Braga*, Madrid, 1630), 40 rs.

Mas otro tomo Obiedo de republica regular ympresion de Madrid año de mill seiscientos y treinta y nueve (Fulgencio DE OVIEDO Y HEVIA: *Morale opus et praxim de Republica Regulari, Hierusalem nova Ecclesia primitiorum*, Madrid, 1639), 14 rs.

Mas dos tomos Parladori opera ympresion de Valladolid el año de mill seiscientos y veinte, 36 rs.

Mas un tomo de Peguera de Questiones ympresion de Barcelona el año de mill y quinientos ochenta y cinco (Luis PEGUERA: *Liber quaestionum criminalium in actu practico*, Barcelona, 1585), 6 rs.

Mas tres tomos Aleg., repetiziones y adiziones de Suarez ympresion de Salamanca el año de mill quinientos y ochenta y nueve (Rodrigo SUÁREZ: *Allegaciones et consilia quaedam*, Salamanca, 1589), 14 rs.

Un tomo Cantera questiones criminalis ympresion de Salamanca año de mill quinientos y ochenta y nueve (Diego DE LA CANTERA: *Questiones criminalis tangentes iudicum*, Salamanca, 1589), 24 rs.

Mas un tomo Lasarte de alcavalas ympresion de Alcala año de mill quinientos ochenta y nueve (Ignacio DE LASARTE: *De decima venditionis et permutationis, quae alcavala nuncupatur liber unus*, Alcalá de Henares 1589), 10 rs.

Mas otro tomo Baettica opera ympresion de Madrid año de mill quinientos y veinte y dos, 16 rs.

Mas otro tomo de los Historia de Chile de Oballe ympresion de Roma año de mill seiscientos y quarenta y seis (Alonso DE OVALLE: *Histórica relación del reyno de Chile y de las misiones y ministerios que exercita en él la Compañía de Jesús*, Roma, 1646), 33 rs.

Mas un tomo Cronica del gran cardenal de España ympresion de Toledo año de mill seiscientos y veinte y cinco (Pedro DE SALAZAR Y MENDOZA: *Crónica del gran cardenal de España, Don Pedro González de Mendoza*, Toledo, 1625), 36 rs.

Mas otro tomo de filizio de estatu clericorum ympresion de Madrid el año de mill seiscientos y veinte y seis, 8 rs.

Mas otro tomo Fueros de Vizcaya ympresion de Medina del Campo año de mill quinientos y setenta y cinco (ANÓNIMO: *Fueros de Vizcaya*, Burgos, 1528-Medina del Campo, 1575), 4 rs.

Otro tomo de Matienzo de relatores ympresion de Valladolid año de mill seiscientos y quatro (Juan MATIENZO: *Dialogus relatoris et advocati Pintiani Senatus*, Valladolid, 1558), 6 rs.

Otro tomo Hordenanzas de Granada halli año de mill seiscientos y siete, 16 rs.

Otro tomo Renato chapini de sacra Polizia ympresion de Paris año de mill quinientos y setenta y siete, 20 rs.

Otro tomo Otalora de nobilitate ympresion de Salamanva año de mill quinientos y cinquenta y nueve (Juan ARCE DE OTALORA: *De nobilitate et imunitatis Hispaniae causis*, Granada, 1553), 12 rs.

Mas otro tomo fliamini Parisi de resignacione Venezia el año de mill quinientos y veinte y cinco, 6 rs.

Mas dos tomos Cronica de los capuchinos, primera y segunda parte ympresion de Madrid año de mill seiscientos y quarenta y quatro, 33 rs.

Seis tomos de Gutierrez del reyno, varios años y ympresiones, 100 rs.

Mas un tomo de Aviles in cap. pretor ympresion de Salamanca año de mill y quinientos y ochenta y uno (Francisco AVILÉS: *Nova diligens ac perutilis expositio capitum seu legum praetorum indicum syndicatus regni totius Hispaniae*, Medina del Campo, 1557), 10 rs.

Mas dos tomos de Gratian Compendio juris civilis ympresion de Venezia año de mill quinientos y setenta y nueve, 24 rs.

Mas otro tomo de Castro opera ympresion de Paris el año de mill quinientos y setenta y quatro (Pablo DE CASTRO: *Opera*, Lyon, 1547), 44 rs.

Mas dos tomos de Caldes de Jure infiteutico ympresion de Lisboa año de mill y quinientos y ochenta y siete (Francisco CALDAS PEREIRA: *De universo jure emphyteutico*, Lisboa, 1587), 20 rs.

Mas un tomo de Spino de testamentis ympresion de Medina del Campo año de mill quinientos y noventa y tres (Diego ESPINO DE CÁCERES: *Speculum testamentorum sive thesaurus universae jurisprudentia*, Salamanca, 1587), 20 rs.

Mas un tomo de Barbosa de matrimonio tomo primero ympresion de Madrid año de mill quinientos y noventa y cinco (Pedro BARBOSSA: *Commentarium interpretationem tituli soluto matrimonio*, Madrid, 1595), 12 rs.

Mas tres tomos de Sotto opera ympresion de Salamanca año de mill quinientos sesenta y nueve (Domingo SOTO: *Opera*, Salamanca, 1569), 24 rs.

Un tomo de Larrea Decisiones tomo segundo ympresion de Lugduni el año de mill seiscientos y treinta y nueve (Juan Bautista LARREA: *Novarum decisionum sacri regii senatus granatensis Regni Castellae*, Lyon 1639), 30 rs.

Mas otro tomo Repeticiones de Sousa ympresion de Madrid el año de mill seiscientos y veinte y seis (Francisco SOUSA: *Variae repetitionis*, Madrid, 1626), 14 rs.

Mas otro tomo Olano Concordancias juris ympresion de Burgos el año de mill quinientos setenta y cinco, 6 rs.

Mas otro tomo Lucerna rubicarum ympresion de Madrid año de mill seiscientos diez y ocho, 16 rs.

Mas otro tomo Cassaneo de Consuetudine Burgundie ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y quarenta y tres (Bartolomé DE CHASSENEUX: *De consuetudini ducatus Burgundiae ac fere totius Galliae*, Lyon, 1543), 16 rs.

Mas otro tomo de Gloria Mundi ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y quarenta y seis (Bartolomé DE CHASSENEUX: *Catlogus gloriae mundi*, Francfurt, 1529), 26 rs.

Mas otro tomo Bosio tractatus criminalis ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y setenta y cinco, 14 rs.

Mas otro tomo de Molina de Primogenis ympresion de Lugduni el año de mill seiscientos y treze (Luis DE MOLINA MORALES: *De hispanorum primogenis origine ac nature*, Alcalá de Henares 1573-Lyon, 1613), 30 rs.

Mas otro tomo Decisiones de afflictis ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y setenta y seis, 22 rs.

Mas otro tomo Caldera de erroribus pragm. ympresion de Madrid el año de mill y seiscientos y doze (Duarte CALDERA: *De erroribus pragmaticorum libri VI totidem variarum lectionum*, Madrid, 1612), 14 rs.

Mas un tomo Redian de redibus ecclesie ympresion de Plasenzia el año de mill y quinientos y ochenta y dos, 10 rs.

Mas otro tomo Minsingerio in ynstituta ympresion de Lugduni el año de mill y seiscientos y cinquenta y ocho, 24 rs.

Mas dos tomos Establecimientos de Santiago ympresion de Madrid el año de mill seiscientos y cinquenta y cinco (Francisco RUIZ DE VERGARA: *Regla y establecimientos nuevos de la Orden y cavallería del glorioso apostol Santiago*, Madrid, 1653), 50 rs.

Otro tomo Definiciones de Calatrava ympresion de Madrid el año de mill y seiscientos y cinquenta y quatro, 36 rs.

Mas otro tomo de Alcantara ympresion de Madrid el año de mill y seiscientos y sesenta y dos, 40 rs.

Mas otro tomo Hordenanzas de Granada el año de mill quinientos y cinquenta y dos (ANÓNIMO: *Título de las Ordenanças que los muy Illustres y muy magníficos señores de Granada mandan que se guarden para la bueba gobernación de la república*, Granada, 1552), 10 rs.

Mas otro tomo de Valladolid el año de mill quinientos y setenta y seis, 20 rs.

Otro tomo Pedro ruardo de Bonus possessione ympresion de Turin el año de mill y quinientos y cinquenta y dos, 8 rs.

Mas otro tomo Pineli de Bonus materni ympresion de Salamanca el año de mill y quinientos y sesenta y tres (Arius PINELLUS: *Ad constitutiones codice de bonis maternus*, Salamanca, 1563), 14 rs.

Mas dos tomos Peralta opera ympresion de Salamanca el año de mill quinientos sestetenta y tres (Pedro DE PERALTA: *Obras*, Salamanca, 1563), 16 rs.

Mas un tomo de Villalpando in Partidas letra antigua, 6 rs.

Mas otro tomo Scacia de Apelazionibus francofurti el año de mill y seiscientos y quinze, 33 rs.

Otro tomo Claudio caricula in ynstrumenta ympresion de Lugduni el año de mill quinientos sesenta y tres, 6 rs.

Mas otro tomo Platonio opera Basilea el año de mill y quinientos y sesenta y uno, 30 rs.

Mas otro tomo Roxas de secuesione ympresion de Salamanca el año de mill y quinientos y ochenta y uno (Juan DE ROJAS: *De succesionibus, de hereticis et singularia in fidei favorem*, Amberes 1566-Salamanca, 1581), 10 rs.

Mas otro tomo Decisiones de la Rotta nobi antigua ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y ochenta y nueve, 12 rs.

Mas un tomo de Belengario Fernandez de correccion e ympresion de Lugduni el año de mill seiecientos y uno, 12 rs.

Mas otro tomo Tablas de Tolomeo Basilea el año de mill y quinientos cinco (Claudio PTOLOMEO: *Tabulae geographicae*, Basilea, 1505), 10 rs.

Mas otro tomo Alciato de Berborum significacione ympresion de Lugduni el año de mill y seiscientos y treinta (Andrés ALCIATO: *De verborum significationibus*, Lyon, 1630), 8 rs.

Mas otro tomo Consexos de Silvano ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y cinquenta y uno, 8 rs.

Mas dos tomos Costa opera ympresion de Salamanca el año de mill y quinientos y ochenta y quatro (Manuel COSTA: *Opera omnia*, Salamanca, 1584), 16 rs.

Mas otro tomo Decisiones canonicas dibersorum ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y sesenta y siete, 10 rs.

Mas otro tomo Vida de Anaya de Bergara ympresion de Madrid el año de mill y seiscientos y sesenta y dos (Francisco RUIZ DE VERGARA: *Vida de illustrísimo Don Diego de Anaya, arzobispo de Sevilla*, Madrid, 1661), 18 rs.

Mas otro tomo Julio Clari sin Bayardi ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y noventa y uno (Julio CLARO: *Jul. Clari Alexandrini opera omnia sive practica civilis et criminalis con adicciones de Bayardo*, Lyon, 1591), 10 rs.

Mas otro tomo Calepini Passeratis ympresion de Venecia el año de mill y quinientos y cinquenta y seis, 10 rs.

Mas otro tomo Jansenio in Salmos ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos setenta y nueve (Cornelio JANSENIO: *Paraphases in omnes Psalmos Davídicos*, Lovaina, 1569), 22 rs.

Mas un tomo palacios de Contratos ympresion de Salamanca el año de mill y quinientos ochenta y tres, 6 rs.

Mas otro tomo Abedaño respensiones ympresion de Madrid el año de mill y quinientos y noventa y dos, 6 rs.

Mas otro tomo Luis Lopez de ynst. negotatione ympresion de Salamanca el año de mill y quinientos noventa y ocho (Luis LÓPEZ: *Instructorium negotiatium duobus contentum libris*, Salamanca, 1589), 8 rs.

Mas otro tomo Reglas de Bernardo Diaz ympresion de Alcalá el año de mill y quinientos y sesenta y nueve (Juan Bernardo DÍAZ DE LUCO: *Selectarum regularum et follentiarum utriusque iuris*, Alcalá de Henares, 1569), 8 rs.

Mas otro tomo Quintiliano Mandorsio Oratorio ympresion de Paris el año de mill quinientos y setenta y ocho, 12 rs.

Mas otro tomo Antinomia de Villalobos ympresion de Salamanca el año de mill quinientos y sesenta y nueve, 10 rs.

Mas otro Gail observaciones ympresion de Venezia el año de mill seiscientos trece, 20 rs.

Mas nueve tomos Abad Lectura ympresion de Lugduni el año de mill quinientos ochenta y seis (ABBAS ANTIQUUS: *Lecture aurea domini Abbatis anti-qui super quinque libri Decretalium*, Strasburgo, 1510), 90 rs.

Mas tres tomos Durando Speculum juris ympresion de Turin el año de mill quinientos setenta y ocho, 30 rs.

Mas diez tomos Consilia et Lectura de Alexandro ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos ochenta y cinco, 90 rs.

Mas onze tomos Jasson opera ympresion de Venezia el año de mill quinientos ochenta y nueve, 110 rs.

Mas ocho tomos Paulo de Castro Lectura el año de mill quinientos ochenta y cinco (Pablo DE CASTRO: *Lectura*, Milán, 1498), 86 rs.

Mas otro tomo Ludobico Romano in ynfortratum ympresion de Turin el año de mill quinientos ochenta y dos, 12 rs.

Mas otros dos tomos Mascardo de aprobationibus ympresion de Turin el año de mill y quinientos y noventa y siete (José MASCARDI: *Conclusionem omnium probationum qua in utriusque jure quotodie versantur*, Venecia, 1588), 30 rs.

Mas dos tomos Mariana fecini in ynforciattum ympresion de Turin el año de mill y quinientos y setenta y seis, 20 rs.

Mas tres tomos cardenal Zabarella Lectura ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y cinquenta y ocho (Francisco ZABARELLA: *Lectura super Clementinas*, Lyon, 1558), 36 rs.

Mas quatro tomos Partidas de Gregorio Lopez ympresion de Valladolid el año de mill y quinientos y ochenta y siete (Gregorio LÓPEZ MADERA: *Las siete Partidas del sabio rey Don Alfonso X nuevamente glosadas*, Salamanca, 1555), 150 rs.

Mas dos tomos Cobarrubias opera ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y ochenta y quatro (Diego DE COVARRUBIAS: *Opera*, Lyon, 1568), 40 rs.

Mas otro tomo Consejos de Casaneo letra antigua (Bartolomé DE CHASSENEUX: *Consilia*, Lyon, 1531), 12 rs.

Mas quatro tomos Bellamera opera ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y quarenta y nueve (Gil DE BELLEMERA: *In priman secundi Decret. Lib partem praelectiones*, Lyon, 1549), 40 rs.

Mas cinco tomos Juan Andrea Lectura ympresion de Venezia el año de mill y quinientos y ochenta y uno, 36 rs.

Mas otro tomo Fabro in ynstituta ympresion de Turin el año de mill y quinientos y setenta y ocho, 7 rs.

Mas quatro tomos Rolandi Aualle Consilia Venetia año de mill y quinientos noventa y quatro, 30 rs.

Mas otro tomo Jucio Junio repertorum ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y quarenta y tres, 10 rs.

Mas otro tomo Jacobo de Arena ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y quarenta y uno, 10 rs.

Mas dos tomos Decio Lectura ympresion de Turin el año de mill quinientos y setenta y cinco (Felipe DECIO: *Lectura*, Turín, 1575), 22 rs.

Mas un tomo Antonio de Burgos encione letra antigua (Antonio BURGOS: *Super utili et quotidiano titulo de emptione et venditione in Decretalium*, Ticini, 1511), 4 rs.

Mas otro tomo Juanes de Platea in codigo letra antigua, 10 rs.

Mas nueve tomos de Menochio varios tratados, ympresiones y años, 110 rs.

Mas seis tomos Tiraqueli opera ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y setenta y quatro (Andrés TIRAQUEAU: *Opera*, Lyon, 1574), 88 rs.

Mas tres tomos Decissione dibersorum ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y ochenta y ocho, 36 rs.

Mas otro tomo Decisiones de Putteo ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y sesenta y tres (París DE PUTEO: *Decissiones*, Lyon 1563), 12 rs.

Otro tomo Decissiones Cacherano ympresion de Turin el año de mill quinientos y ochenta y uno, 10 rs.

Mas otro tomo Francisco Maco Decissiones ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y ochenta y cinco, 30 rs.

Mas dos tomos Decissiones de Boheris ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y cinquenta y siete (Nicolás DE BOHIER: *Decissiones in senatu Burdigalensium discussae ae promulgatae*, Lyon, 1547), 14 rs.

Mas otro tomo Consejos de gramatico ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y ochenta y seis, 18 rs.

Mas un tomo Decissiones de Peguera ympresion de Venecia el año de mill seiscientos y ocho (Luis de PEGUERA: *Decisiones Aurea*, Barcelona 1605, Venecia, 1608), 16 rs.

Mas seis tomos de Rebufo varias ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y cinquenta (Pedro REDULFO: *Opera omnia*, Lyon, 1550), 60 rs.

Mas dos tomos Tractatus de Aciones dibersorum ympresion de Lugduni el año de mill quinientos y sesenta y ocho, 20 rs.

Mas otro tomo Consexos de Cravetta ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y sesenta y nueve (Simón CRAVETTA: *Consilia*, Lyon, 1545), 10 rs.

Mas otro tomo Singularia Doctorum ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos sesenta, 16 rs.

Mas otro tomo Vigelio Methodus juris ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos sesenta y uno, 12 rs.

Mas otro tomo de Plutarcho vitta varonis ylustres ympresion de Paris el año de mill y quinientos y setenta y dos (PLUTARCO DE QUERONEA: *Vidas paralelas*, Florencia, 1507). 14 rs.

Mas otro tomo Zelio Rodriguez Leccione antigua Basilea el año de mill quinientos y noventa, 24 rs.

Mas quatro tomos Ancharramus opera letra antigua el año de mill y quinientos y setenta y cinco, 40 rs.

Mas un tomo Historia de Mariana primera parte ympresion de Madrid el año de mill seiecientos diez y siete (Juan DE MARIANA: *Historia general de España*, Madrid 1617), 18 rs.

Mas otro tomo Repetizioni dibersorum ympresion de Venezia el año de mill y quinientos y cinquenta, 8 rs.

Mas otro tomo Ysernia de feudis ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y quarenta y nueve (Andrés DE ISERNIA: *Commentaria in usus feudorum*, Nápoles 1477), 10 rs.

Mas dos tomos de Guacino defensiones reorum ympresion de Roma el año de mill seiscientos catorce, 26 rs.

Mas un tomo Vela de delictos ympresion de Salamanca el año de mill seiscientos y tres, 6 rs.

Otro tomo Narbona de apelaciones ympresion de Toledo el año de mill seiscientos y quinze (Juan DE NARBONA: *De apellatione a vicario ad episcopum bipartitus tractatus*, Toledo, 1615), 4 rs.

Un tomo Elogia de Maria ympresion de Granada el año de mill y seiscientos y cinquenta y uno (tal vez Pedro GONZÁLEZ DE ACEVEDO: *Elogio sanctissimae Marie Virginis*, Salamanca, 1624), 4 rs.

Otro tomo Decissiones de Guido papa ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y noventa y tres (Guy PAPE: *Guidonis Papae Decisionum Parlamenti Delphinatus*, Lyon, 1575), 5 rs.

Mas otro tomo Practica episcopal de Zerola ympresion de Lugduni el año de mill y seiecientos y siete (Tomás ZEROLA: *Praxis episcopalis*, Venecia, 1595), 10 rs.

Mas otro tomo Roa Singulares ympresion de Cordova el año de mill y seiscientos (Martín DE ROA: *Singularium locorum*, Córdoba, 1600), 12 rs.

Mas dos tomos Suma Silbestrina ympresion de Venecia el año de mill y quinientos y noventa y tres, 12 rs.

Mas un tomo de Fachineo Controversias ympresion de Colonia el año de mill y seiscientos trece, 16 rs.

Mas otro tomo Cronica del cardenal Tavera ympresion de Toledo el año de mill y seiecientos y tres (Pedro de SALAZAR Y MENDOZA: *Chronica del cardenal Don Juan de Tavera*, Toledo, 1603), 6 rs.

Mas otro tomo Suzesos del año de mill seiscientos y treynta y ocho ympresion de Madrid el año de mill y seiscientos y treinta y nueve (Virgilio MALVEZZI: *Sucesos principales de la Monarquía de España en el año de 1639*, Madrid, 1640), 10 rs.

Mas tres tomos varios de Bezerra ympresion de Salamanca, varios años (tal vez Diego DE BECERRA: *De jure sacrorum*, Salamanca, 1673), 26 rs.

Mas un tomo de Milagros del Rosario de Fernandez ympresion de Madrid el año de mill y seiscientos y trece (fray Alonso FERNÁNDEZ: *Historia de los insignes milagros que la Magestad Divina ha obrado por el Rosario Santissimo de la Virgen*, Madrid, 1613), 6 rs.

Mas un tomo Serafino de confesaris ympresion de Valladolid el año de mill seiecientos y dos, 6 rs.

Mas un tomo Gregorio Lopez animabersarum ympresion de Turin el año de mill y quinientos y ochenta y cinco (Gregorio LÓPEZ MADERA: *Animadversiones juris civilis liber singularis*, Turín, 1585), 4 rs.

Mas un tomo Larretegui Selectas ympresion de Salamanca el año de mill seiscientos y setenta, 8 rs.

Mas otro tomo Serafino de ymperio lusitano ympresion de Valladolid el año de mill y seiscientos y treinta, 10 rs.

Mas un tomo Maranta horden iudizicarum ympresion de Lugduni el año de mill y quinientos y sesenta y siete (Roberto MARANTA: *De ordine iudiciorum sive speculum aureum et lumen advovatorum in practica civili*, Nápoles, 1540), 4 rs.

Mas otro Emblemas de Alciato ympresion de Valenzia el año de mill y seiecientos y sesenta y quatro (Andrés ALCIATO: *Los Emblemas traducidos en rhimas españolas por Bernadino Daza Pinciano*, Lyon, 1549), 3 rs.

Mas un tomo Vocabularium utriusque juris sin prinzipio, ympresion de Lugduni el año de mill seiscientos y quatro, 3 rs.

Mas un tomo Cura filipica segunda parte ympresion de Valladolid el año de mill y seiscientos y sesenta y tres (Juan DE HEVIAS BOLAÑOS: *Curia Filipica*, Lima, 1603-Valladolid, 1635), 8 rs.

Mas otro tomo Genebrardo in Psalmos ympresion de Lugduni el año de mill y seiscientos y siete (Gilberto GENEBRADUS: *Psalmi Davidis vulgata editione*, París, 1588), 10 rs.

Mas otro tomo Senca opera, 20 rs.

Mas sesenta y cinco libros en quatro, ocho y diez y seis de varias materias, ymprsiones y años, 65 rs.»

Como buen caballero de la época, don Fernando Queipo de Llano y Valdés poseyó dos espadines, uno de plata con la hoja toledana y otro de bronce con el puño también en plata, tasados, el 26 de mayo de 1680, por Luis de Abadía *maestro espadero*.

«— un espadin de plata con oja de Toledo, 220 rs. Mas otro espadin de bronce fino, con su oja y puño de plata, 80 rs.»

La minuciosidad y el detallismo con que se hacían los inventarios en el siglo XVII eran la causa de que en ellos se registrasen los objetos más curiosos e íntimos, y así en el de don Fernando Queipo de Llano y Valdés se van a recoger y tasar sus pelucas, trabajo que llevó a cabo Leonardo Laute *maestro peluquero*.

«— una peluca de pelo viexo, 15 rs. Mas otras dos, muy viexas ambas, 15 rs.»

Por último, el ya citado día 26 de mayo de 1680, Alberto de Aranda, *contraste de oro y plata de Su Magestad*, valoraba los objetos de plata y las joyas del funcionario asturiano, completándose de esa manera la relación de todos los bienes que dejó a su muerte.

MISCELÁNEA

Kauf und Vorvertrag im westgotischen Recht

1. EINFÜHRUNG

Für das Verständnis des westgotischen Kaufrechts sind zwei aufeinanderfolgende Bestimmungen des Codex Euricianus zentral, deren Deutung umstritten und mit der Auseinandersetzung über das Verhältnis germanischer und römischer Einflüsse auf das westgotische Recht¹ belastet ist:

CE 296

Si pars praetii data est, pars promissa, non propter hoc venditio facta rumpatur; sed si emptor ad placitum tempus non exhibuerit praetii reliquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res vendita reformatur.

CE 297

Qui arras pro quacumque acceperit re, praetium cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat².

Für sich genommen bereitet das Verständnis von CE 296 keine besonderen Schwierigkeiten: Wer statt einer vollständigen lediglich eine Anzahlung auf den Kaufpreis leistet, wird gleichwohl Partner einer wirksamen *venditio* und verpflichtet, den Restbetrag zu zahlen, sofern sich der Verkäufer für den Fall der Säumnis nicht die Rückgewähr der Kaufsache vorbehalten hat. Die

¹ Dazu allgemein *Nehlsen*, Art. Lex Visigothorum, HRG, Bd. II, Sp. 1974f.

² Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 14.

Bedeutung von CE 297 erschließt sich dagegen nicht ohne weiteres: Wer eine *arrha* für eine Sache hingibt, verpflichtet ihren Empfänger dazu, den Preis zu erfüllen (*praetium implere*). Sollte er aber seinerseits nicht zum vereinbarten Zahlungstermin erscheinen, ist das Rechtsverhältnis aufgelöst; und er erhält die *arrha* zurück. Diesem nicht leicht konsumierbaren Text will *d'Ors* durch eine abweichende Lesung einen eingängigeren Inhalt geben. Statt *acceperit* im einleitenden Halbsatz liest er *dedit* und dreht so das herkömmliche Textverständnis um: Gebunden sein soll nicht der Verkäufer, der eine *arrha* empfängt, sondern vielmehr der Käufer, der die *arrha* hingibt³. Diese Lösung hat den zwar den Vorteil, daß sich *praetium implere* unkompliziert als Beschreibung der Käuferverpflichtung zur Preiszahlung deuten läßt. Hat man den Ausdruck dagegen auf der Grundlage der herkömmlichen Lesung auf den Verkäufer zu beziehen, ist man zu der Annahme gezwungen, er stehe für eine Bußzahlung in Höhe des Kaufpreises⁴ oder bedeute, daß der Verkäufer dem vom Käufer erwarteten *pretium* eine Austauschleistung entgegensetzen habe^{5 6}. Durch die neue Lesung von *d'Ors* wird jedoch die adversatorische Einleitung des zweiten Satzes unverständlich: Die Formulierung *emptor vero* zeigt an, daß das Thema jetzt von der Verkäufer— zur Käuferseite wechselt⁷. Begegnet *d'Ors' Lesung* auch im übrigen Zweifeln⁸, kann sie jedenfalls nicht die Verständnisschwierigkeiten beseitigen, vor die Nachfolgebestimmung von CE 297 in der *Lex Visigothorum* stellt. Hier ist es ganz eindeutig der die *arrha* empfangende Verkäufer, der zu *implere* verpflichtet wird, während eine Säumnis des Käufers lediglich zur Folge haben soll, daß dieser die *arrha* zurückerhält und der Kauf ungültig ist:

LV 5.4.4

Si arris datis pretium non fuerit inpletum.

Qui arras pro quacumque re acceperit, id cogatur implere, quod placuit. Emtor vero, si per egritudinem aut gravem necessitatem, que vitari non potuerunt, ad constitutum non occurerit diem, quem voluerit pro se dirigat, qui pretium tempore definito perconpleat. Quod si consituto die nec ipse successerit nec pro se dirigere voluerit, arras tatummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat⁹.

*Siems*¹⁰, der nicht die hergebrachte Lesung, wohl aber die wirtschaftliche Vernunft vermißt, welche CE 297 und LV 5.4.4 nach dem üblichen Verständnis

³ *D'Ors*, El Código de Eurico. Estudios Visigóticos II, 1960, S. 214.

⁴ So *Merêa*, Estudios de direito Visigótico, 1948, S. 95, *Pringsheim*, The Greek Law of Sale, 1950, S. 341, *Levy*, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, 1956, S. 234.

⁵ So *Gierke*, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910, S. 347 Fn. 46.

⁶ Dies hat schon v. *Schwerin*, Ann. Hist. Der. Esp. 1 (1924) 28ff. dazu bewogen, statt *praetium negotium* zu lesen; dagegen *Merêa* (Fn. 4), S. 96.

⁷ So zu Recht *Levy*, SZ 79 (1962) 483.

⁸ Ausführlich *Siems*, Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen, 1992, S. 119ff.

⁹ Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 219.

¹⁰ AaO (Fn. 8), S. 122ff.

zukommt, schlägt vor, die Bedingung: *si non occurrerit ad diem constitutum*, auf den Verkäufer zu beziehen. Vertragsauflösung und Rückgabe der *arrha* werden so zu Sanktionen eines nicht erwartungsgerechten Verkäuferverhaltens. Abgesehen davon, daß dieser Lösung wiederum die Einleitung: *emptor vero*, entgegensteht, bedeutete die eingeschränkte Sanktion der Verkäufersäumnis einen offenen Widerspruch zu der vorangehenden Aussage, daß der Verkäufer zur Erfüllung gezwungen wird (*cogatur implere*). Sie wäre regelrecht falsch, wenn die Nichterfüllung lediglich die Verpflichtung zur Rückgabe der *arrha* zeitigte. Nach wie vor ungeklärt bliebe auch, warum die *arrha* des westgotischen Rechts anders als das gleichnamige Institut des justinianischen Rechts¹¹ nur einseitig, nämlich zu Lasten ihres Empfängers, wirkte; und offen bliebe schließlich, wie das Verhältnis zur *pars pretii* ist, die gemäß CE 286 und nach der nahezu wortgleichen Nachfolgebestimmung in der Lex Visigothorum¹² gerade umgekehrt Rechtsfolgen zu Lasten des anzahlenden Käufers zeitigen soll.

Gierke¹³ sieht in den beiden Regelungen der westgotischen Gesetze germanisches Rechtsgut zweier unterschiedlicher Entwicklungsstufen umgesetzt: CE 296 stehe für die Periode, in der man das ursprüngliche Modell der Haftung aufgrund realen Empfangs insoweit aufgelockert habe, als statt der vollen Vorleistung auch deren Teil, insbesondere eine *pars pretii*, verpflichtend wirke. In CE 297 manifestiere sich mit dem Arrhalvertrag germanischen Charakters der nächste Schritt, der zum Formalgeschäft geführt und darin bestanden habe, statt der realen Vor- oder Teilvorleistung ein Zeichen hierfür genügen zu lassen.

Diesem rein germanistischen Verständnis gegenüber steht die Deutung von Merêa¹⁴, D'Ors¹⁵ und Schindler¹⁶, die in den Bestimmungen des Codex Euricianus und der Lex Visigothorum bloß zurückgebildetes römisches Kaufrecht erkennen wollen, dessen Degenerationsgrad sie freilich ebenso wie Siems deutlich niedriger einschätzen als Levy¹⁷ und Kaser^{18,19}. Diese sehen im westgotischen Kauf ebenso wie Archi²⁰ ein Musterbeispiel für die Rückbildung der römischen *emptio venditio* zum Bargeschäft und ihrer Verschmelzung

¹¹ Vgl. IJ 3.23pr: *...ita tamen impune recedere eis concedimus nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est...*

¹² LV 5.4.4; vgl. Ed. Zeumer (MGH LL nat. Germ. I), S. 219.

¹³ AaO (Fn. 5), S. 337ff.; im allgemeinen zustimmend Ogris, Art. *arrha*, HRG, Bd. I, Sp. 230f.

¹⁴ AaO (Fn. 4), S. 101f., 104.

¹⁵ AaO (Fn. 3), S. 211, 214.

¹⁶ Die Bedeutung der Kaufpreiszahlung im nachklassischen römischen Recht, FS K. Duden, 1977, S. 555ff.

¹⁷ West Roman Vulgar Law. The Law of Property, 1951, S. 157ff., Obligationenrecht (Fn. 4), S. 208, 233f.

¹⁸ Das römische Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., 1974, S. 278 Fn. 37, S. 385f., 387 Fn. 18f.

¹⁹ Zurückhaltend ist insoweit auch Gallo, Il principio *emptio dominium transfertur* nel diritto pregiustiniano, 1960, S. 77f.

²⁰ Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana, 1934, S. 179f.

mit der Übereignung zu einem Simultanakt, dessen Wirksamkeit grundsätzlich von der Preiszahlung abhängt. CE 297 bewahrt dagegen immerhin insofern originär römisches Rechtsgut, als der *arrha* keine vertragsbegründende, sondern nur die Wirkung zukommt²¹, den Verkäufer an der Veräußerung der Kaufsache zu hindern. Diese Einschätzung teilt ansatzweise auch *Pringsheim*²², der in der Kombination von Veräußerungsverbot und fehlender Vertragswirkung freilich eine Kombination von germanischem und römischem Recht erkennen will. *Wieacker*²³ sieht die unterschiedlichen Einflüsse des römischen und germanischen Rechts dagegen auf CE 296 und 297 verteilt: Während die erste Vorschrift die römische Anzahlungsfunktion und den Konsensualkauf konserviert, stehe der Arrhalkauf, wie ihn CE 297 statuiert, gerade im Gegensatz hierzu²⁴.

2. PRETIUM ALS VORLEISTUNG DES KÄUFERS

Daß die Vorleistung eines Vertragspartners nicht unabdingbar für die Wirksamkeit des Kaufs ist, scheint auf den ersten Blick die Bestimmung zu ergeben, die im Codex Euricianus den Titel *de venditionibus* eröffnet:

CE 286²⁵

Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum praetium testibus comprobatur, et emptio habeat firmitatem. Venditio, si fuerit violenter extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione²⁶.

Sind die bezeugte Preiszahlung und die *scriptura*, abgesehen vom Fall des widerrechtlichen Zwangs, alternative Auslöser einer *plena firmitas* des Kaufvertrags,²⁷ legt dies den Schluß nahe, daß die *venditio*, wenn sie schriftlich

²¹ Ebenso in diesem Punkt *Schindler* (Fn. 16), S. 567.

²² AaO (Fn. 4), S. 340f.

²³ *Lex commissoria*. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht, 1932, S. 108f.

Fn. 1.

²⁴ Ähnlich beurteilt CE 297 *Massei*, BIDR 48 (1941) 395.

²⁵ Nahezu wortgleich ist LV 5.4.3; vgl. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 219.

²⁶ Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 11.

²⁷ CE 286 kann durchaus auch im Zusammenhang mit CE 294 und als Ausdruck der Ablehnung eines Rechtsbehelfs wegen *laesio enormis* verstanden werden; vgl. dazu *Levy*, Obligationenrecht (Fn. 4), S. 211, *Mayer-Maly*, SZ 108 (1991) 226 und vor allem *Siems* (Fn. 8), S. 768ff., der die Rechtsentwicklung im westgotischen Einflußbereich einer abweichenden Tendenz in Italien gegenüberstellt. CE 294 (Ed. *Zeumer*, MGH LL nat. Germ. I, S. 13f.) lautet: *Venditionis haec forma servetur, ut seu res seu mancipia seu quodlibet animalium genus venditur, nemo propterea firmitatem venditionis inrumpat, quod dicat, rem vili pretio vendidisse*. Die Lex Visigothorum, deren Wiedergabe von CE 294 in 5.4.7 (Ed. *Zeumer*, MGH LL nat. Germ. I, S. 219f.) entgegen *Levy*, Obligationenrecht (Fn. 4), S. 221 keineswegs im Widerspruch zur Bestimmung 5.4.6 geht, wo das *ustum pretium* den vereinbarten Preis bezeichnet (vgl. *d'Ors*, Fn. 3, S. 217 Fn. 721), setzt hinzu: *Sue enim culpe, qui rem suam vili pretio vendiderit*. Fügt man CE 286 und CE 294 zusammen, erhält man nahezu die Aussage, welche die Interpretatio zu CTh 3.1.1 (a. 319) macht (vgl.

vereinbart wird, auch ohne die Entrichtung des Kaufpreises aus—, diesem nur Beweisfunktion zukommt²⁸. Ein solches Verständnis setzt freilich voraus, daß die *scriptura* nur Zeugnis der Parteivereinbarung und nicht auch der Kaufpreiszahlung wäre. Bekundet die Urkunde, die CE 286 meint, dagegen außer der Kaufabrede auch die Bezahlung der Kaufsache²⁹, beschränkt sich der Sinn der Vorschrift darauf, zwei alternative Beweismittel für die Kaufpreiszahlung benennen. Sie entspricht damit ihrer Nachfolgebestimmung in der aus dem Codex Euricianus entwickelten Lex Baiuvariorum, die für den Grundstückskauf *post accepto pretio* die Beweissicherung durch *carta* oder Zeugen vorschreibt³⁰:

LBai 16.2

Si quis venderit possessionem suam alicui terram cultam non cultam prata vel silvas: post accepto pretio aut per cartam aut per testes conprobetur firma emptio. Ille testes per aurem debet esse tractus, quia sic habet lex vestra; duos vel tres vel amplius debent esse testes. Venditio si fuerit violenter extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione³¹.

Die *ratio*, nämlich, daß auf diese Weise Streit über kaufweise erlangte Sachen vermieden wird, wird im Bayerngesetz gleich mitgeliefert:

LBai 16.15

Quicquid vendiderit homo aut comparaverit qualemcumque rem, omnia sint firmata aut per cartas aut per testes, qui hoc probare possent; hoc est de mancipiis, de terra, casis vel silvis, ut postea non sit contentio³².

Ed. Haenel, 1848, Neudruck 1962, S. 72): *Quum inter ementem et vendentem fuerit res definito pretio comparata, quamvis plus valeat quam ad praesens venditur, hoc tantummodo requirendum est, si nihil fraudis vel violentiae egit ille, qui comparasse probatur. et si voluerit revocare qui vendidit, nullatenus permittatur*. Hinter der Trias: *fraus, metus* und *laesio enormis* könnten sich die drei Willensmängel: Arglist, Zwang und Irrtum verbergen, die im nachklassischen römischen Recht als Anfechtungsgründe zusammengestellt werden; vgl. Harke, *Si error aliquis intervenit* (in Vorbereitung), § 23. Diese Einordnung läge durchaus im Sinne der Schöpfer der Verkürzungsanfechtung, die in der *laesio enormis* einen relevanten *error in negotio*, also eine Fehlvorstellung über die Art des abgeschlossenen Geschäfts, erkannten. Die *fraus*, die CE 286, 294 nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsbeständigkeit nennen, kehrt als Anknüpfungspunkt einer Sachmängelhaftung in der Nachfolgebestimmung von CE 294 in der Lex Baiuvariorum wieder (16.9, Ed. v. Schwind, MGH LL nat. Germ. V.1, S. 437f.): *Venditionis haec forma servetur, ut seu res seu mancipium vel quodlibet genus animalium venditur, nemo propterea firmitatem venditionis inrumpat, quod dicat se vili pretio vendidisse. Sed postquam factum est negotium, non sit mutatum; nisi forte vitium invenerit, quod ille venditor celavit, hoc est in mancipio aut in cavallo aut in qualicumque peculio... Si autem venditor dixerit vitium, stet emptio, non potest mutare. Si autem non dixerit, mutare potest in illa die et in alia et in tertia die. Et si plus de tribus noctibus habuerit post se, non potest mutare, nisi forte eum invenire non poterit infra tres dies...* Auch wenn offenbar schon die bloße Nichtansage eines Sachmangels zur Rückabwicklung des Kaufvertrags führt, folgt diese doch daraus, daß dem Verkäufer ein *celare* vorgeworfen, sein *dolus* also unterstellt wird.

²⁸ So Schindler (Fn. 16), S. 567.

²⁹ Dies vermuten nicht zu Unrecht Merêa (Fn. 4), S. 90 und d'Ors (Fn. 3), S. 213, 215.

³⁰ Der Unterschied, den Schindler (Fn. 16), S. 569 zwischen den beiden Regelungen ausmacht und dem Einfluß germanischer Rechtsvorstellungen auf das Bayerngesetz zuschreibt, verschwindet so.

³¹ Ed. v. Schwind (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 432.

³² Ed. v. Schwind (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 441.

Der alternative Beweis von Kaufabrede und Preiszahlung durch Urkunde oder Zeugen bedeutet lediglich eine unwesentliche Einschränkung gegenüber der Interpretatio zu den Paulussentenzen, die außer dem *instrumentum* noch *quaelibet probatio* zulassen will:

LRV PS 2.18.10

In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum obligatio sine causa demonstratur, si quo modo voluntas de fide contractus possit ostendi.

IP

In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocunque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci³³.

Der Zusatz *dato et accepto pretio*, der kein Vorbild im Sentenzentext hat, ist ein starkes Indiz dafür, daß der Text des Bayerngesetzes auch dem Sinn des westgotischen Gesetzes zum Ausdruck verhilft³⁴: Ist Beweisthema der *quaelibet probatio*, welche alternativ zum *instrumentum* offensteht, die Zahlung des Kaufpreises, muß diese auch Gegenstand der Urkunde sein. Ihre Errichtung kann nur dann *superfluous* sein, wenn sie die gleiche und keine weitergehende Wirkung als die sonstigen tauglichen Beweismittel hat³⁵. Diese sorgen für eine Identifikation der Kaufsache und den Nachweis der Kaufpreiszahlung. Erst sie und nicht schon die bloße Schriftform sorgt für die *plena firmitas* des Geschäfts³⁶, deren Eintritt CE 286 auf *scriptura* oder Zeugenbeweis begrenzt.

Die Anknüpfung der Vertragsbeständigkeit an die Preiszahlung bedeutet freilich noch nicht, daß diese unabdingbare Voraussetzung des Vertragsschlusses und konstitutiv für hieraus entspringende Verpflichtungen ist³⁷. Die *plena firmitas*, deren Voraussetzungen CE 286 benennt und die auch Ziel des in der LBai 16.2 vorgesehenen Verfahrens ist, besteht darin, das Resultat des Kaufvertrags unangreifbar zu machen, also den Käufer vor einer Inanspruchnahme durch den Verkäufer sicherzustellen. Ein solches Ergebnis läßt sich stets nur durch den Austausch von Kaufsache und Preis erreichen. Nicht nur beim Barverkauf verleiht er der Parteiabrede Beständigkeit. Auch ein Distanzkauf, der beiderseitige Verpflichtungen der Parteien hervorbringt, ist vor einer Rückabwicklung erst dann sicher, wenn die Verpflichtungen auch erfüllt worden sind. Hier wie dort muß der Käufer, der die Kaufsache behalten, heraus- oder zurückverlangen will, beweisen, daß er die regelrecht geschuldete oder nur unverbin-

³³ Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 366.

³⁴ Eine gleichlaufende Regelungstendenz in CE 286 und IP PS 2.18.10 vermutet auch *Merêa* (Fn. 4), S. 87.

³⁵ Dies erkennt *Schindler* (Fn. 16), 564, der die Interpretatio zu PS 2.18.10 ebenso wie CE 286 deuten will und annimmt, die Preiszahlung sei nur Voraussetzung eines von der Schriftform verschiedenen Beweismittels.

³⁶ Richtig insoweit *Levy*, *Law of Property* (Fn. 17), S. 158f.

³⁷ So aber *Gallo* (Fn. 19), S. 75.

dlich zum Austausch vorgesehene Gegenleistung erbracht hat. Die Vorschriften über die Art und Weise, wie dieser Beweis zu führen ist, erweisen sich damit als schlechthin unergiebig für die Frage, ob und wie im westgotischen Recht eine Verpflichtung unter den Kaufvertragsparteien erzeugt werden kann.

Überschätzt werden darf auch nicht das Zeugnis zweier weiterer Stellen aus den westgotischen Paulussentenzen und ihrer Interpretatio, in denen die Kaufpreiszahlung als Voraussetzung für eine Bindung des Verkäufers erscheint. Schon der Sentenzentext erwähnt das *pretium acceptum* als Erfordernis für die Eviktionshaftung des Verkäufers:

LRV PS 2.17.1

Venditor, si eius rei quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto, auctoritatis manebit obnoxius, aliter enim non potest obligari.

IP

Si quis rem alienam vendiderit et pretium acceperit, ad redhibitionem duplae pecuniae manebit obnoxius³⁸.

Erst in der Interpretatio erscheint die Kaufpreiszahlung dagegen, wenn es um die Verpflichtung des Verkäufers zur *traditio* der Kaufsache geht³⁹:

LRV PS 1.13.4

Si id, quod emtum est, neque tradatur, neque manciperetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet.

IP

Si eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxerit, tradere distulerit, ad traditionem rei, quam vendidit, omnibus modis compellendus est⁴⁰.

In beiden Fällen ist die Rolle der Preiszahlung keineswegs von vornherein darauf festgelegt, den Kaufvertrag perfekt zu machen. Die Entrichtung des Kaufpreises läßt sich auch jeweils als bloße Voraussetzung für die Verpflichtung des Verkäufers verstehen⁴¹. Zumindest im Fall der Eviktion kann sich diese auch nicht allein aus einem Übergang des dinglichen Rechts ergeben, wie sie *Levy*⁴² und *Kaser*⁴³ für den von PS 1.13.4 statuierten Herausgabensanspruch annehmen. Ob die westgotischen Juristen aber überhaupt von der Perfektion des Vertrags auf die Verkäuferpflichten geschlossen haben,

³⁸ Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 364.

³⁹ Daß der Abweichung der Interpretatio vom Sentenzentext an dieser Stelle die Aussage über den Zusammenhang von Preiszahlung und Eviktionshaftung in PS 2.17.1 zugrunde liegt, glaubt vielleicht nicht zu Unrecht *Conrat*, *Der westgotische Paulus*, 1911, S. 170, 172.

⁴⁰ Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 348.

⁴¹ So *Schindler* (Fn. 16), 564.

⁴² *Obligationenrecht* (Fn. 4), S. 208f.

⁴³ *AaO* (Fn. 18), S. 278 Fn. 38, S. 386.

erscheint zweifelhaft⁴⁴. Wahrscheinlicher ist, daß sie umgekehrt von den Verpflichtungen des Verkäufers, sei es wegen Eviktion, sei es zur *traditio* der Kaufsache, ausgehen und von dem hier jeweils aufgestellten Erfordernis einer Kaufpreiszahlung auf die Vertragswirksamkeit geschlossen haben.

3. *TRADITIO* ALS VORLEISTUNG DES VERKÄUFERS

Daß die westgotischen Juristen nicht nur eine Bindung des Verkäufers, sondern auch eine regelrechte Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises kennen, macht eine Bestimmung des älteren Edictum Theoderici wahrscheinlich, deren Regelungsziel vermutlich die Ablehnung einer Anfechtung wegen *laesio enormis* ist⁴⁵:

ETh 147

Placita bona fide et definita venditio a venditore rescindi non potest: sed pretium, quod ab emptore debetur, repentendum est⁴⁶.

Ebenso wie die Verkäuferspflcht zur *traditio* besteht jedoch auch der Anspruch auf den Kaufpreis wiederum nicht schon allein aufgrund der Parteivereinbarung, sondern in Abhängigkeit von der vorherigen Gegenleistung, hier von der Übergabe der Kaufsache. Dies zeigt die kommentarlose Wiedergabe einer anderen Vorschrift der Paulussentenzen im Breviar:

LRV PS 2.18.6

Post rem traditam nisi emtor pretium statim exsolvat, usuras eius praestare cogendus est⁴⁷.

Die *traditio*, die nach der Interpretatio zu PS 1.13.4 erst *accepto pretio* verlangt werden kann, ist hier ihrerseits die Voraussetzung dafür, daß der Käufer zur Entrichtung des Kaufpreises und bei Säumnis zur Zinszahlung verpflichtet ist. Auch sie ist demnach geeignet, aus der, für sich genommen, wirkungslosen Parteivereinbarung einen Verpflichtungsgrund zu machen, der sich gegen den Empfänger der Kaufsache wendet⁴⁸. Abstrakt formuliert finden wir diesen Mechanismus auch in der Lex Romana Burgundionum wieder⁴⁹, die den Besitzwechsel zum Auslöser einer besonderen *firmitas* des Kaufvertrags macht⁵⁰:

⁴⁴ Ebenso *Siems* (Fn. 8), S. 242.

⁴⁵ *Siems* (Fn. 8), S. 769, *Mayer-Maly*, SZ 108 (1991) 231.

⁴⁶ Ed. *Bluhme* (MGH LL 5) S. 167.

⁴⁷ Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 366.

⁴⁸ Zu einseitig daher *d'Ors* (Fn. 3), S. 211f., der aus CE 295 schließen will, daß die Übergabe der Kaufsache nie Wirksamkeitserfordernis, sondern immer Gegenstand einer Verpflichtung ist.

⁴⁹ Vgl. zu deren Verhältnis zum Codex Euricianus jetzt *Liebs*, Römische Jurisprudenz in Gallien, 2002, S. 176ff.

⁵⁰ Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die gleiche Wirkung der Kaufpreiszahlung zukommt, die in dem anschließend geschilderten Fall einer Rücküberlassung der Kaufsache an den Verkäufer im Wege eines *precarium* jedoch keine Rolle spielt; vgl. *Siems* (Fn. 8), S. 274.

LRB 35.1f.

De vindendis et emendis contractibus hic ordo servandus est, ut quisque rem iuris sui vindiderit, repetendi eam postea non habeat potestatem. (2) Vinditionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta: ...⁵¹.

Wirkt die Übergabe der Kaufsache ebenfalls obligationsbegründend, bietet dies eine plausible Erklärung dafür, warum die westgotischen Juristen den Widerspruch zwischen der eigenen Rechtslage und dem klassischen Konsensualprinzip nicht erkannt haben. Dieses kommt in der vom Breviar rezipierten Gai Epitome noch klar zum Ausdruck:

Gai Ep 2.9.13f.

Consensu fiunt obligationes, ex emtionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus et mandatis: quia in huiusmodi rebus consensu magis quam scriptura aliqua aut solennitas quaeritur. In quibus rebus etiam inter absentes obligatio contrahi potest, quod in aliis rebus fieri non potest. (14) Emtio igitur et venditio contrahitur, quum de pretio inter emtorem et venditorem fuerit definitum; etiamsi pretium non fuerit numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit⁵².

Der Gegensatz zur Interpretatio der Paulussentenzen ist handgreiflich. Hängt die Verpflichtung des Verkäufers dort gerade von der Entrichtung des Kaufpreises ab, heißt es hier, eine *obligatio* entspringe schon der Bestimmung von Kaufsache und Kaufpreis und ohne Rücksicht auf die Entrichtung einer *pars pretii* oder die Hingabe einer *arra*. Verdecken läßt sich der Widerspruch zum westgotischen Vorleistungserfordernis nur dann, wenn man die Aussage der Gai Epitome auf den Fall bezieht, in dem die Kaufsache schon übergeben und der Käufer hierdurch zur Preiszahlung verpflichtet ist⁵³.

Daß der *traditio* der Kaufsache und der Zahlung des Kaufpreises gleichermaßen eine die jeweilige Gegenseite verpflichtende Wirkung zukommen, liegt schließlich in der Konsequenz der Gleichbehandlung von Kauf und Tausch. Sie ist im Codex Euricianus und in den ihm entlehnten Regelungswerken ausdrücklich statuiert:

CE 293

Commutatio talem qualem emtio habet firmitatem⁵⁴.

⁵¹ Ed. v. *Salis* (MGH LL nat. Germ. II.1), S. 132.

⁵² Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 334.

⁵³ Dies relativiert freilich die Einschätzung von *Schindler* (Fn. 16), S. 570, der den Text der Gai Epitome für einen eindeutigen Beleg gegen die These von der Rückkehr zum Barkauf hält; ähnlich *Siems* (Fn. 8), S. 237ff.

⁵⁴ Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 13.

LV 5.4.1

Commutatio, si non fuerit per vim et metum extorta, talem qualem et emtio habeat firmitatem⁵⁵.

LBai 16.8

Commutatio, hoc est quod cambias, talem qualem emtio habet firmitatem⁵⁶.

Die westgotische Rechtslage entspricht auch in diesem Fall dem römisch-burgundischen Recht:

LRB 35.5

Sciendum etiam, quod facta qualiterlibet commutatio vicem obtinet emptionis⁵⁷.

Gilt das Recht des Kaufvertrags auch für den Tausch, kommt eine unterschiedliche Wirkung von Käufer- und Verkäuferleistung von vornherein nicht in Betracht. Bei der *commutatio* lassen sich die Leistungen beider Seiten jeweils sowohl als *res* wie auch als *pretium* ansehen. Spräche die Rechtsordnung eine verpflichtungsbegründende Wirkung nur der Kaufpreiszahlung zu, wäre der Rechtsanwender bei der Beurteilung eines Tauschvertrags vor ein unlösbares Problem gestellt. Da er nicht zwischen *res* und *pretium* zu unterscheiden vermag, könnte er über die *firmitas* der *commutatio* entgegen der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes gerade nicht nach Maßgabe der Regeln für den Kaufvertrag urteilen. Ein passendes Regelungsschema können diese nur bieten, wenn Preiszahlung und Sachübergabe gleichbehandelt und jeweils als Grund für die Verpflichtung der Gegenseite anerkannt werden.

Sind *pretium* und *res* gleichwertige Gegenstände einer obligationsbegründenden Vorleistung, bleibt dies nicht ohne Einfluß auf den Charakter des westgotischen Kaufvertrags. Er ist kein bloßes Bargeschäft mit Übereignungsfunktion, sondern entspricht in seiner Wirkungsweise den Realverträgen des römischen Rechts. Daß ihre Struktur nun auch dem Kaufvertrag zugrunde liegt, muß keineswegs auf dem Einfluß barbarischer Rechtsvorstellungen beruhen⁵⁸. Sucht man nach einem historischen Vorläufer für das Muster des westgotischen Kaufvertrags, bietet sich eher der Mechanismus an, mit dem die spätclassischen römischen Juristen den Tausch bewältigen: Statt eines Konsensualvertrags nehmen sie lediglich eine *datio ob rem* an und machen Rechtsver-

⁵⁵ Ed. Zeumer (MGH LL nat. Germ. I), S. 218.

⁵⁶ Ed. v. Schwind (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 436. Hier paßt die volle Anerkennung des Tauschs gut zur generellen Entscheidung für die Beständigkeit von *pacta*; vgl. LBai 16.6: *Pacta vel placita, quae per scripturam quacumque facta sunt vel per testes denominatos tres vel amplius, dummodo in his dies et annus sit evidenter expressus, immutare nulla ratione permittimus*. Damit müssen entgegen Mayer-Maly, SZ 108 (1991) 216 keineswegs nur *pacta adiecta* gemeint sein.

⁵⁷ Ed. v. Salis (MGH LL nat. Germ. II.1), S. 153.

⁵⁸ So aber Archi (Fn. 20), S. 184f.

hältnis und Anspruch auf die Gegenleistung von der Vorleistung einer Partei abhängig⁵⁹. Bei der Fusion von Kauf und Tausch im westgotischen Recht könnte dieses Modell verallgemeinert und auf den Austausch von Sach- und Geldleistung ausgedehnt worden sein.

Noch näher liegt es freilich anzunehmen, daß man auf den begrifflichen Unterschied zwischen Existenz und Durchsetzbarkeit eines vertraglichen Anspruchs und damit auf die Differenzierung zwischen Vertragsschluß und synallagmatischer Verknüpfung der Leistungen überhaupt verzichtet hat. Das Ergebnis unterscheidet sich nicht vom Regelungsschema des Realvertrags: Das Rechtsverhältnis, das an die Existenz eines durchsetzbaren Anspruchs gekoppelt ist, entsteht erst mit einer Vorleistung, die dem Empfänger den Einwand abschneidet, die eigene Leistung nur im Austausch erbringen zu müssen.

4. EIGENTUMSÜBERGANG

Das aus dem Synallagma geborene realvertragliche Regelungsmuster schließt nicht aus, daß der Übergang des Eigentums an der Kaufsache von der Zahlung des Kaufpreises abhängt⁶⁰. Auch diese Lösung steht keineswegs im Gegensatz zum römischen Recht⁶¹, entspricht ihm vielmehr noch stärker als das nur durch Vergrößerung des römischen Kaufrechts zu gewinnende Realvertragsmodell⁶². Daß die Koppelung von Eigentumsübergang und Preiszahlung mit diesem durchaus kompatibel ist, erhellt, wenn man, wiederum dem Vorbild der römischen *emptio venditio* folgend, als Gegenstand von Vor- oder einklagbar Leistung des Verkäufers nicht die Übereignung, sondern lediglich die *traditio* der Kaufsache ansieht. Erfolgt diese zuerst, bewirkt sie noch keinen Eigentumsübergang. Der Wechsel in der dinglichen Rechtszuständigkeit liegt vielmehr in den Händen des Käufers, der ihn durch Erfüllung seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung bewirken kann. Kommt er ihr nicht nach, verbleibt das *dominium* beim Verkäufer. Dies ergibt

⁵⁹ Vgl. D 19.5.5pr., 1 Paul 5 quaest.

⁶⁰ Daß dies auch im westgotischen Recht gilt, nimmt zu Recht *Archi* (Fn. 20), S. 177 an.

⁶¹ Vgl. D 18.1.53 Gai 28 ed prov, D 18.1.19 Pomp 31 QM, IJ 2.1.41. An der Gültigkeit dieser Regel im klassischen Recht bestehen keine Zweifel. Für ihre gegenteilige Ansicht haben *Schindler* (Fn. 14), S. 557ff. und *Misera*, FS Serrick, 1992, S. 277 keine überzeugende Begründung. Daß sich *Schindler*, S. 558 für die Annahme einer Verfälschung der Texte auf *Beseler* berufen muß, spricht für sich. Auch der Einsatz von Konstruktionen mit dem wirtschaftlichen Ziel des modernen Eigentumsvorbehalts bedeutet kein Argument gegen die grundsätzliche Verbindung von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang. Die besonderen Konstruktion sollen nicht einen ansonsten eintretenden Eigentumsübergang verhindern, sondern haben sämtlich das Ziel, vor der Kaufpreiszahlung eine Ersitzung der Sache durch den Käufer zu vermeiden; vgl. D 18.6.17 Iav 7 Cass.

⁶² Auf die Kontinuität weist *Merêa* (Fn. 4), S. 85f. hin.

CE 292 (= LV 5.4.16):

Si servus de peculio suo fuerit emptus, et hoc dominus eius forte nescierit, de domini potestate non exeat; quia non praetium, sed res servi sui, dum ignorat, accepit⁶³.

Daß die Zahlung des Kaufpreises aus dem *peculium* des verkauften Sklaven ohne besonderes Einverständnis des Verkäufers wirkungslos ist, beruht nicht auf einer Entscheidung gegen die Wirksamkeit des Kaufvertrags⁶⁴. Regelungsgegenstand sind nur die Eigentumsverhältnisse: Der verkaufte Sklave, dessen Übergabe dem Käufer den Zugriff auf das *peculium* eröffnet hat, bleibt in *potestate domini*, weil der Verkäufer statt eines Kaufpreises ihm schon ohnehin gehörendes Geld erhalten hat und ihm mangels Kenntnis von dem *peculium* auch kein Schenkungswille unterstellt werden kann. Über das Eigentum an der Kaufsache entscheidet statt der *traditio* allein die Kaufpreiszahlung⁶⁵.

Daß dies auch dann gilt, wenn die Kaufpreiszahlung der Übergabe der Kaufsache vorangeht, liegt nahe und wird durch den folgenden Breviarauszug aus den Paulussentenzen wahrscheinlich:

LRV PS 2.18.4

Ex die emtionis, si pars pretii numerata sit, et fructus et operae servorum et foetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent⁶⁶.

Sollen die Früchte der Kaufsache ab dem Vertragsschluß dem Käufer zustehen, entspricht dies dem klassischem römischem Recht und der Entäußerungsnatur, die der *emptio venditio* zu- und auch in der Regel *periculum est emptoris* zum Ausdruck kommt: Die Kaufsache wird ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse *ex die emptionis* dem Vermögen des Käufers zugerechnet⁶⁷. Nicht mit dem klassischen römischen Recht in Einklang steht dagegen die Einschränkung, der Käufer müsse zumindest eine *pars pretii*⁶⁸ entrichtet haben. Ihre Funktion kann sich hier nicht darauf beschränken, den Kaufvertrag als obligatorisches Rechtsverhältnis zu statuieren. Denn dieses bewirkt noch keine Zuordnung der Sachfrüchte, deren Schicksal der Eigentums- oder Vermögenszuständigkeit für die Muttersache folgt.

Wechselt sie mit der Zahlung eines Kaufpreisteils, haben wir es hier mit einer durchaus konsequenten Weiterbildung des klassischen römischen Kau-

⁶³ Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), 13, S. 223; nahezu wortgleich ist LBai 16.7; vgl. Ed. v. *Schwind* (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 436.

⁶⁴ So aber *Merèa* (Fn. 4), S. 89, der einen Gegensatz zu CJ 4.49.7 ausmacht, und *Schindler* (Fn. 16), S. 569, der eine arglistbedingte Ungültigkeit der *venditio* annimmt, um die eigentumsübertragende Wirkung der Kaufpreiszahlung leugnen zu können.

⁶⁵ Insoweit richtig *Levy*, Law of Property (Fn. 17), S. 160, der die Fixierung auf die Kaufpreiszahlung jedoch auch für die Entscheidung über die Wirksamkeit des Kaufs unterstellt.

⁶⁶ Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 366.

⁶⁷ *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 1900, § 390, Bd. 2, S. 616; daran anknüpfend *Ernst*, SZ 99 (1982) 244; ferner *Kaser*, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl., 1971, S. 547, *J.G. Wolf*, TR 45 (1977) 13f., *Weyand*, TR 51 (1983) 225 ff., *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 290ff.

⁶⁸ Wegen der sicheren Überlieferung des Breviartextes kann der Streit über die Gestalt des originalen Sentenzentextes hier unberücksichtigt bleiben; vgl. dazu *Siems* (Fn. 8), S. 246ff. mwN.

frechts zu tun: Die westgotischen Juristen kombinieren die Verbindung von Preiszahlung und Eigentumsübergang mit der Entäußerungsnatur der römischen *emptio venditio*. Mit ihr machen sie ernst, indem sie an die Stelle der bloßen Zurechnung der Kaufsache zum Käufervermögen eine sachenrechtliche Zuordnung durch Eigentumsübergang setzen, diesen jedoch unter das hergebrachte Erfordernis der Preiszahlung stellen. Der Eigentumswechsel ist so völlig von der Verpflichtung des Verkäufers zur Sachübergabe abgelöst. Er tritt beim westgotischen Kaufvertrag stets automatisch mit der Preiszahlung oder mit der ihr gleichgachteten Entrichtung einer *pars pretii* ein.

5. ANZAHLUNG UND VORVERTRAG MIT ÜBEREIGNUNGSPFLICHT

Die umstrittenen Bestimmungen des Codex Euricianus zu Anzahlung und *arrha* erscheinen nun in einem anderen Licht: Die Zahlung der *pars pretii*, die CE 296 als Voraussetzung für den wirksamen Vertragsschluß und die Verpflichtung zur Zinszahlung genügen läßt⁶⁹, hat nicht nur obligatorische Wirkung. Nach dem Zeugnis von PS 2.18.4 zeitigt sie auch den Übergang des Eigentums an der Kaufsache auf den Käufer. Der Verkäufer, der sich gegen den Fall der Säumnis auf Käuferseite nicht durch eine *lex commissoria* gesichert hat, erhält im Austausch gegen den Eigentumsverlust lediglich den Anspruch auf den Kaufpreis nebst Zinsen. Dieser ist an das realvertragliche Element der Entrichtung einer *pars pretii* gebunden, im übrigen aber Ausfluß eines Konsensualkaufs nach römischem Muster.

Anders ist es bei der Hingabe einer *arrha*, von der CE 297 handelt. Der wirtschaftliche Sinn, den sie für beide Vertragsparteien hat, erschließt sich erst, wenn man die eigentumsübertragende Wirkung der gewöhnlichen Kaufpreiszahlung oder -anzahlung kennt. Die *arrha* soll gerade nicht *pars pretii* sein und weder den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichten noch einen Wechsel des Eigentums an der Kaufsache zeitigen. Statt dessen unterliegt der Verkäufer einer Verpflichtung, die ihn beim gewöhnlichen Kaufvertrag nicht trifft: Er muß dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache verschaffen, das bei Zahlung einer *pars pretii* schon ohne weiteres auf ihn übergeht. Die Hingabe der *arrha* wirkt so zwar einseitig verpflichtend für ihren Empfänger. Dieser gibt jedoch auch weniger auf als beim regelrechten Kaufvertrag. Er bleibt Eigentümer der Kaufsache und macht sich lediglich zum Schuldner einer auf den Zahlungstermin befristeten Verbindlichkeit. Zahlt der Käufer nicht wie vereinbart, bleibt die Vereinbarung völlig folgenlos und bedarf zumindest in rechtlicher Hinsicht keiner Rückabwicklung⁷⁰.

⁶⁹ Daß statt ihrer die *traditio* der Kaufsache entscheidend ist, wie *Liebs* (Fn. 49), S. 161 meint, ergibt sich aus dem Verordnungstext nicht.

⁷⁰ Daß die *arrha* eine bloße Empfangshaftung und keine Verpflichtung ihres Bestellers auslöst, steht jedenfalls nicht im Widerspruch zu dem, was Isidor über die *arrha* und ihren Gegensatz zum *pignus* berichtet; vgl. Etym 5.25.20f.: *Interest autem in loquendi usu inter pignus et*

Die *arrha* der westgotischen Gesetze hat also im Unterschied zur *pars pretii*, der sie deutlich gegenübergestellt wird, nichts mit der Perfektion einer Austauschvereinbarung zu tun. Statt eines Kaufvertrags bringt sie lediglich einen Vorvertrag hervor, aus dem für den Empfänger eine zeitlich begrenzte Verpflichtung erwächst, die jenseits des Pflichtenprogramms der *emptio venditio* liegt⁷¹. Die *arrha* ist ein Mittel, mit dem die westgotische Rechtspraxis und -wissenschaft aus dem Schema des Kaufvertrags ausbricht, dessen wesentliche Züge dem klassischen römischen Recht entstammen und von den westgotischen Juristen durchaus konsequent fortgebildet sind.

6. GEGENMODELLE IM BURGUNDISCHEN UND BAYERISCHEN RECHT

Keine Widerlegung, sondern eine Bestätigung erfährt die vorgestellte Deutung des westgotischen Arrhalgeschäfts durch einen Blick auf das römisch-burgundische und das bayerische Recht. Hier hat die Hingabe einer *arrha* nämlich nicht nur konstruktiv eine andere Funktion, sondern auch eine völlig andere Wirkung:

LRB 35.6

Arra pro quibuscumque rebus a vindetore accepta ab eo qui emit, vinditionem perfectam esse; precium tamen postmodum emptor vinditori impleturus, si aut inter ipsos convenerit aut vivorum bonorum estimatione consteterit, secundum speciem Pauli⁷².

Die Lex Romana Burgundionum erklärt die *arrha* zum Mittel der Perfektion eines Kaufvertrags⁷³. Dies bedeutet nicht nur, daß der Empfänger wie ein

arram. Nam pignus est quod datur propter rem creditam, quae dum redditur, statum pignus auferitur. Arra vero est, quae primum pro re bonae fidei contractu empti, ex parte datur, et postea completur. Est enim arra complenda, non auferenda; unde qui habet arram non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem; et dicta arra a re, pro qua traditur. Daß die *arrha* anders als das Pfand nicht zurückgegeben wird, beschreibt hier wie dort nur den störungsfreien Fall, in dem der Käufer den Kaufpreis zahlt, der Darlehensnehmer die gesicherte Forderung tilgt. Wenn Isidor dem Verkäufer, der eine *arrha* empfangen hat, attestiert, die vollständige Zahlung zu wünschen (*plenitudinem desiderat*), bedeutet dies noch nicht, daß der Verkäufer auch einen Anspruch hierauf hat. Macht man sich von der keineswegs zwingenden Vorstellung frei, Isidor gewähre dem Empfänger der *arrha* ein Recht gegen ihren Besteller, schwindet auch der Gegensatz zu Etym 9.7.6, den Boyer, *Mélanges Lévy-Bruhl*, 1947, S. 49ff. nur unbefriedigend aus verschiedenen historischen Vorläufern erklären kann: *Est autem arra non solum sponsio coniugalitatis, sed etiam pro qualibet promissa re, ut aut reddatur aut compleatur.* Entgegen Levy, *Obligationenrecht* (Fn. 4), S. 234 ist hier völlig eindeutig, wer die Wahl zwischen Rückgabe und Erfüllung hat: Es ist der Besteller der *arrha*, der die Gegenleistung verlangen oder das Angeld zurückfordern kann.

⁷¹ Mit der Nichtzahlung des Kaufpreises ist nach CE 297 denn auch nur die *res* und nicht etwa die *venditio finita*; vgl. Levy, *Law of Property* (Fn. 17), S. 160.

⁷² Ed. v. Salis (MGH LL nat. Germ. II.1), S. 153.

⁷³ Entgegen Schindler (Fn. 16), S. 568 Fn. 58 kann sie daher kein bloßes Beweismittel und entgegen Massei, *BIDR* 48 (1941) 393 auch nicht identisch mit der *arrha* des klassischen römischen Rechts sein.

gewöhnlicher Käufer verpflichtet wird. Erwähnenswert und der Bezugnahme auf eine unbekannte Stelle in den Paulussentenzen bedürftig erscheint den Gesetzesverfassern vor allem die Verpflichtung dessen, der die *arrha* geleistet hat: Er muß den gesamten Kaufpreis entrichten und steht damit ebenso wie der westgotische Käufer, der eine *pars pretii* geleistet hat⁷⁴. Folgerichtig fehlt in der *Lex Romana Burgundionum* eine CE 296 entsprechende Bestimmung über die Kaufpreisanzahlung.

Daß man sich so bewußt von der westgotischen Regelung abheben wollte, ist im Fall der *Lex Romana Burgundionum* nur Spekulation. Fest steht es bei der *Lex Baiuvariorum*, die ja gerade nach dem Vorbild des *Codex Euricianus* gestaltet, in weiten Teilen sogar schlicht abgeschrieben ist. Hier ist die Abwendung vom westgotischen Vorbild handgreiflich:

LBai 16.10

Qui arras dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere, quod placuit emptori. Et si non occurrerit ad diem constitutum vel antea non rogaverit placitum ampliorem, si hoc neglexerit facere, tunc perdat arras et pretium quod debuit, impleat⁷⁵.

Der erste Satz entspricht dem Text des *Codex Euricianus* in der Lesung von *d'Ors*: Anders als in der Fassung der *Lex Visigothorum* soll durch die Hingabe der *arrha* nicht der Empfänger, sondern gebunden sein, wer die Zuwendung macht. Dem Verfasser der *Lex Baiuvariorum* ist nicht entgangen, daß so ein Widerspruch zum zweiten Satz von CE 297 entsteht; und er hat diesen folgerichtig neuformuliert und inhaltlich umgekehrt. Die im ersten Satz angeordnete Rechtsfolge: *pretium cogatur implere*, findet nun eine Entsprechung im zweiten Satz, demzufolge der Käufer das *pretium* schuldet und zusätzlich zur *arrha* zu leisten hat, die er verliert. So geht das Bayerngesetz über die Regelung der *Lex Romana Burgundionum* hinaus: Die *arrha* wird noch nicht einmal auf die Kaufpreisforderung angerechnet⁷⁶. Diese Abweichung kann freilich darauf beruhen, daß die *arrha*, von der das Bayerngesetz in Übereinstimmung mit CE 297 ausgeht, einen werthaltigen Gegenstand hat, während sie für die Verfasser des römisch-burgundischen Gesetzes eine nur symbolische Zuwendung ist. Ansonsten herrscht Übereinstimmung zwischen der *Lex Baiuvariorum* und der *Lex Romana Burgundionum*: Die *arrha* verpflichtet nicht nur ihren Empfänger, dessen Haftung in beiden Gesetzen wohl stillschweigend vorausgesetzt ist⁷⁷. Sie bindet vor allem ihren Geber, der regelrecht zum Käufer wird und den vollen Kaufpreis zu zahlen hat. Die *arrha* des bayerischen Gesetzes entspricht demnach ebenso wie die *arrha* im römisch-burgundischen

⁷⁴ Die Einordnung als Teilzahlung (so *Levy*, *Law of Property*, Fn. 17, S. 163) oder Pfand ist beliebig (vgl. *Siems* (Fn. 8), S. 275), eine Verwirrung der Gesetzesverfasser durch den mißverständlichen Ausdruck: *praetium implere* in CE 297 (so *Levy* aaO) unwahrscheinlich.

⁷⁵ Ed. v. *Schwind* (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 438f.

⁷⁶ Sie kann daher entgegen *Gierke* (Fn. 5), S. 349ff. und *Siems* (Fn. 8), S. 91, 108 schwerlich die Bedeutung einer Teilleistung oder die Funktion eines Pfandes haben.

⁷⁷ Richtig *Gierke* (Fn. 5), S. 350.

Gesetzes Gesetz der westgotischen *pars praetii*. Es ist daher kein Zufall, daß CE 296 auch im Bayerngesetz keine Nachfolgevorschrift gefunden hat.

7. ERGEBNIS

Unsere Untersuchung hat keines der früheren Deutungsmuster für das westgotische Kaufrecht bestätigt, als Ergebnis vielmehr eine interessante Mischung der bisherigen Ansätze erbracht: Der westgotische Kaufvertrag läßt sich nicht mit *Levy* und *Kaser* auf ein bloßes Bar- und Übereignungsgeschäft reduzieren. Er entspricht eher *Gierkes* Vorstellung eines Realvertrags, ist als solcher aber nicht notwendig germanischen, eher römischen Ursprungs: Das westgotische Recht kennt regelrechte Verpflichtungen der Kaufvertragsparteien, nämlich zur Preiszahlung und zur *traditio* der Kaufsache, und läßt diese aber außer vom Konsens von einer vollständigen oder teilweisen Erbringung der jeweiligen Gegenleistung abhängen. Die Gleichbehandlung von Käufer- und Verkäuferseite ist schon durch die Gleichsetzung von Kauf und Tausch vorgegeben; das westgotische Regelungsschema entspricht in etwa dem römischen der Innominatrealkontrakte. Statt aus einer Kopie der hierfür geltenden römischen Rechtslage ist der westgotische Rechtszustand allerdings eher aus dem Gedanken der synallagmatischen Verknüpfung von Käufer- und Verkäuferleistung hervorgegangen: Die Vertragswirksamkeit wird vom Moment des Konsenses einfach auf den Zeitpunkt verlagert, in dem eine Seite die eigene Leistung erbracht und einen durchsetzbaren Anspruch auf die Gegenleistung erworben hat.

Unabhängig von diesem obligatorischen Austausch- besteht das Übereignungsverhältnis, das dem von *Levy* und *Kaser* gezeichneten Bild entspricht: Mit der vollständigen oder teilweisen Kaufpreiszahlung geht das Eigentum an der Kaufsache über. Dies entspricht im Grundsatz dem klassischen römischen Recht. Der Eigentumswechsel ist im westgotischen Recht jedoch nicht an die Verkäuferpflichten angebunden. Er hängt nicht von der *traditio* ab, sondern vollzieht sich automatisch mit der als Vorleistung oder zur Erfüllung einer Verpflichtung erbrachten Kaufpreiszahlung. Auch diese Wirkungsweise des Kaufs hat ein Vorbild im klassischen römischen Recht, und zwar in der Entäußerungsnatur der *emptio venditio*. Mit ihr haben die Westgoten nur ernst gemacht, indem sie statt einer bloß schuldrechtlichen Zuordnung der Kaufsache zum Vermögen des Käufers mit dem Vertragsschluß auch das Eigentum übergehen lassen, vorausgesetzt, daß der Kaufpreis bezahlt ist. Zumindest für den Kaufvertrag ist *Gierkes* Lehre eines germanischen Ursprungs also widerlegt. Statt dessen trifft insoweit die Einschätzung von *Merèa* und *d'Ors* zu, das westgotische Recht sei vor allem weiterentwickeltes römisches Recht, wobei die Entscheidung zwischen Fortbildung und Degeneration schwerfällt.

Die umstrittenen Vorschriften in CE 296 und CE 297 beziehen sich auf zwei verschiedene Vertragsarten: CE 296 gilt dem regulären Kaufvertrag und erklärt die Kaufpreisanzahlung für hinreichend, um ein obligatorisches Band

unter den Parteien zu knüpfen. Die Hingabe der *arrha*, von der CE 297 handelt, ist –insoweit haben *Levy* und *Kaser* wiederum recht– nicht geeignet, eine *venditio* zu begründen. Aus der Empfangnahme der *arrha* erwächst vielmehr eine Verpflichtung, die dem Kaufvertrag völlig fremd ist: die Pflicht zur Übereignung der Kaufsache. Daß sie an die Stelle des automatischen Eigentumsübergangs mit Kaufpreiszahlung tritt, macht den Arrhal- zu einem bloßen Vorvertrag, der sich bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises einfach erledigt hat: Der Verkäufer, der anders als bei der Kaufpreisanzahlung noch keinen Rechtsverlust, erlitten hat, wird schlicht von seiner Übereignungspflicht befreit. Einen Kaufvertrag, der in Verbindung mit der Preiszahlung den Eigentumswechsel begründen und den Verkäufer zur *traditio* verpflichten könnte, hat es in diesem Fall nie gegeben. Das Schema dieses Vorvertrags muß im römisch-burgundischen und im Bayerngesetz verschwinden, weil beide die Hingabe einer *arrha* mit der Kaufpreisanzahlung identifizieren. Folgerichtig wird CE 297 so umgestaltet, daß die Vorschrift inhaltlich der bewußt nicht rezipierten Bestimmung von CE 296 entspricht.

JAN DIRK HARKE

El proceso en rebeldía en el derecho castellano

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La incomparecencia del demandado en el derecho medieval.—3. La contumacia o rebeldía en el derecho de la recepción.—4. El proceso en rebeldía en su evolución y su práctica.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando la monarquía castellana comenzó a recuperar efectivamente el derecho a castigar o *ius puniendi* a comienzos de la Edad Moderna, como una de las principales manifestaciones de su anhelado absolutismo, el problema de la rebeldía devino en uno de los más importantes a la hora de afrontar los procesos criminales. En su paradigmática obra sobre el derecho penal de la monarquía absoluta, Tomás y Valiente ya reflejaba esta realidad, afirmando que la debilitada posición en la que el reo se encontraba en el proceso criminal, en el que se le presumía culpable y se recortaban sus garantías mínimas de defensa, propiciaba que se produjeran abundantes situaciones de rebeldía, ya que «lo mejor que podía hacer un ciudadano cuando se veía envuelto como sujeto principal o secundario de una causa penal, era huir»¹.

No quiere decirse con esto que antes del desarrollo de la severa justicia penal de la monarquía absoluta, el derecho castellano careciese de un tratamiento especializado para la ausencia o incomparecencia de los emplazados a un juicio. Lo había incluso antes de la recepción del Derecho Común, cuando

¹ F. TOMÁS Y VALIENTE: *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 183-184.

en el derecho municipal de los fueros todavía no se había fijado el orden procesal unívoco que ha persistido hasta nuestros días. Y lo hubo fundamentalmente a partir de la recepción del mismo, cuando la influencia del derecho romano, y sobre todo la del derecho canónico, perfilaron los principales trazos del esquema procesal que ha persistido durante siglos, y establecieron una estricta diferenciación entre el proceso civil y el penal, distinguiendo por primera vez las dos principales ramas del mismo.

A partir de ese momento, que la doctrina coincide en fijar en el siglo XIII por la redacción de la legislación alfonsina y la contrastada difusión de la literatura procesal del *Ius Commune*, puede hablarse de un único derecho procesal castellano, técnico, estructurado y formalista, en el que tiene su origen la institución de la contumacia o rebeldía. Esta institución se entendía, no obstante, de una manera demasiado teórica aún, encorsetada en la legislación y en las obras doctrinales de los autores castellanos de la recepción, y con ciertas reminiscencias del sistema tradicional de la fianza o prenda, que se había generalizado en el derecho municipal de la Edad Media para dar respuesta al mismo problema de la ausencia o incomparecencia a juicio del demandado.

Con el paso del tiempo su uso se iría perfeccionando. Sobre todo cuando la implantación de la justicia regia en las ciudades acució su necesidad por la abundancia de imputados huidos, especialmente en el proceso penal. El delincuente ordinario, que no pertenecía a ningún estamento o grupo privilegiado, o quien estaba imputado de un crimen atroz castigado con penas severísimas, prefería evadirse de la justicia del rey, aun cuando dicha evasión supusiera en la mayoría de las ocasiones obtener una sentencia condenatoria en rebeldía, para evitar que la crueldad del poder absolutista recayera con toda su fuerza sobre el mismo. Por eso, los hombres del foro comenzaron a pedir en las Cortes generales del reino soluciones más precisas y eficaces para los casos de reos ausentes, y los propios monarcas se avinieron a ofrecerlas. Aunque serían fundamentalmente los juristas de la época quienes resolverían las dudas interpretativas, completando y perfeccionando el sistema procesal de base romano-canónica.

La labor de la literatura procesal española de la Edad Moderna es en este sentido de una importancia insoslayable. Siendo una misma la realidad normativa contenida en las leyes alfonsinas, apenas corregida o ampliada por el derecho regio posterior, los verdaderos avances o mejoras en el campo del derecho procesal se producirían entonces en el terreno de la práctica cotidiana. Los propios juristas recogerían en sus tratados o «*prácticas*» procesales el estilo judicial seguido por los tribunales, informándonos de cómo era entendida por ellos la institución de la rebeldía, y resolviendo los problemas habituales que planteaba su aplicación.

Con estas fuentes de trabajo se afronta el estudio del proceso en rebeldía en el derecho castellano. Sin embargo, antes de entrar a contemplar su fijación en el derecho de la recepción, y su desarrollo posterior en la legislación y la literatura jurídica de la Edad Moderna, conviene hacer un paréntesis en el que se asienten los antecedentes con los que se contaba en el derecho medieval para

resolver jurídicamente el problema de la ausencia o incomparecencia a juicio del demandado.

2. LA INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO EN EL DERECHO MEDIEVAL

De todos es conocido que, hasta que en el siglo XIII se produjo la recepción del derecho romano-canónico, no existía un esquema procesal unitario en el derecho del reino de Castilla. La caída de la monarquía visigoda por el envite musulmán supuso una conocida fragmentación jurídica en distintos concejos de realengo o señorío que se erigieron con una cierta autonomía para dar respuesta a las necesidades de la reconquista. Las cartas pueblas o fueros por los que se regían como norma básica, recogieron los privilegios y especialidades jurídicas que se concedían a cada lugar para favorecer su repoblación y garantizar un cierto orden público al margen del que pudiera ejercer el monarca. Aunque todo parece indicar que, más allá de las escasas normas que se recogieron en los primigenios ordenamientos locales, seguiría utilizándose como derecho supletorio el contenido en el *Liber Iudiciorum*², del que no pudo hacerse *tabula rasa* como opinan los partidarios de la teoría germanista tradicional, según los cuales la época de la reconquista española estuvo determinada por el resurgimiento del derecho consuetudinario godo que había permanecido reprimido por el derecho escrito y romanizado de la monarquía visigoda³.

Frente a esta teoría, la brevedad y el carácter sesgado de los primeros fueros municipales sólo puede explicarse, por los partidarios de las nuevas tesis, debido a la persistencia del *Liber* como derecho general. De él se mantendrían todas aquellos principios e instituciones que no fueran específicamente modificadas en los ordenamientos locales de cada comunidad como un privilegio o prerrogativa propio, entre las que se encontraban las numerosas exenciones o especialidades jurídicas de carácter procesal.

Desde esta perspectiva, la peculiaridad de las instituciones forales no puede buscarse en la eclosión de un derecho germánico consuetudinario que se impuso en la práctica frente al derecho escrito visigodo, sino en otras fuentes de ruptura menos violenta con el ordenamiento jurídico anterior, como la propia adaptación de la tradición jurídica visigoda personificada en el *Liber Iudiciorum* a las necesidades de la práctica, el desarrollo de la capacidad creativa de las autoridades jurisdiccionales de cada lugar, y cierta influencia de instituciones provenientes del derecho franco, que se adentrarían en la península

² Véanse las obras de J. ALVARADO PLANAS: *El problema del germanismo en el derecho español*, Madrid, 1997, y «Lobos, enemigos y excomulgados: la venganza de la sangre en el derecho medieval», en *El Fuero de Laredo en el Octavo Centenario de su Concesión*, Santander, 2001, pp. 335 ss.

³ Dicha teoría aparece resumida en sus tesis fundamentales en la clásica obra de E. de HINOJOSA: *El elemento germánico en el derecho español*, en *Obras*, tomo II, Madrid, 1955.

sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XI siguiendo las rutas jacobinas, y gracias al asentamiento y expansión de la Orden benedictina de Cluny⁴.

En medio de esta polémica doctrinal, se inscribe el estudio de la institución que se generalizó en el derecho municipal castellano para dar respuesta a la incomparencia de los demandados a juicio: la fianza o prendación. La prenda o fianza procesal se impuso en la Edad Media como una institución propia de los ordenamientos jurídicos municipales, apareciendo largamente en los textos legislativos dispersos por todos los ámbitos de nuestra península hasta la recepción del derecho romano-canónico.

A pesar de sus diferencias y peculiaridades, los fueros altomedievales coincidían todos ellos en una determinada visión de la administración de justicia, continuista en parte de la que habían conocido durante el anterior periodo de dominación visigoda, y en parte distanciada de la misma por las nuevas necesidades de autotutela que se habían impuesto durante la reconquista. En dicha coincidente visión no se había impuesto todavía una nítida distinción entre el proceso civil y el penal⁵, y cualquier procedimiento, fuese del carácter que fuese, se tenía que iniciar indefectiblemente a instancia de parte⁶.

Hasta que se desarrollara el uso de la pesquisa⁷, y se impusiera el procedimiento inquisitivo con la recepción del Derecho Común⁸, en el derecho local de la Alta Edad Media castellana preponderaba efectivamente el procedimiento acusatorio. La interposición de una demanda por el ofendido o sus parientes se entendía como el acto inicial del proceso, y era absolutamente necesaria para pretender la acción de la justicia.

Pues bien, a la demanda o acusación que iniciaba el proceso iba siempre aparejada, a modo de institución garantista, una fianza procesal con la que se

⁴ J. ALVARADO PLANAS: *El problema del germanismo...*, pp. 13-14.

⁵ Sobre la consideración del proceso en la época medieval puede consultarse la obra de J. LÓPEZ ORTIZ, «El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica», en el *AHDE*, 14 (1942-1943), p. 189; y sobre la distinción del momento penal y el momento civil en el proceso A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune» en España*, Murcia, 1999.

⁶ Sólo de forma excepcional los jueces altomedievales podían conocer determinados casos de oficio, tal y como mostraba A. BERMÚDEZ AZNAR: «En torno a los modos y actos de iniciación del proceso en nuestro derecho histórico», en *Actas de las II Jornadas de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén*, Jaén, 1997, pp. 17-18.

⁷ Véanse, entre otros, SALVIOLI: «Storia della procedura civile e criminale», en el *AHDE*, 4, pp. 483 ss.; E. S. PROCTER: *El uso judicial de la pesquisa en León y Castilla (1159-1369)*, Granada, 1978; y J. CERDÁ RUIZ-FUNES: «En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el Derecho castellano-leonés de la Edad Media», en el *AHDE*, 32 (1962).

⁸ Ésta fue la principal aportación del *Ius Commune* al proceso en opinión de especialistas en la materia como G. SALVIOLI: *Storia della procedura...*; R. WYNESS MILLAR: *The formative principles of civil procedure*, traducción castellana en Buenos Aires, 1945; G. CHIOVENDA: «Romanismo y germanismo en el proceso civil», en *Ensayos*, traducción castellana en Buenos Aires, 1949; J. MALDONADO: «Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español», en el *AHDE*, 23 (1953); y más recientemente M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982.

pretendía asegurar la comparecencia del demandado. Éste era el único método que se conocía para prever los supuestos de ausencia o incomparecencia del inculpado ante el tribunal, y fue el que se utilizó con ligeros matices por todos los ordenamientos locales hasta que se desarrollara el juicio en rebeldía a partir de la recepción del *Ius Commune* en el siglo XIII.

La institución ha sido profusamente estudiada por la historiografía, debido a la amplia información que de ella ofrecen los fueros que se conservan, y deja escasos márgenes de duda en cuanto a su funcionamiento⁹. La prenda o fianza procesal servía al mismo tiempo para iniciar y para poner fin al proceso en caso de ausencia del demandado, y consistía básicamente en la intervención de una cierta cuantía económica en los bienes del propio demandado o de algún fiador, que se ponían en posesión del demandante para garantizar la comparecencia de aquél o, en caso contrario, reparar el daño que presumiblemente le había ocasionado.

Se podía recurrir tanto a bienes muebles como a inmuebles hasta la cuantía que el juez considerase adecuada para resarcir el agravio, y la posesión meramente pignoraticia que se daba al demandante le impedía disponer de ellos hasta la resolución judicial del caso. Una vez intervenidos los bienes se emplazaba al acusado a juicio y, si la comparecencia se producía en el tiempo y forma prevista, la prenda debía ser devuelta al mismo o, en su caso, al fiador. Esta figura se había previsto principalmente para el supuesto de desarraigo del acusado, y se obligaba bajo pena pecuniaria a traerlo a juicio. De manera que, presentado aquél, éste recuperaba también su dinero del demandante¹⁰.

Sólo se hacía exigible un requisito previo para que tanto el fiador como el propio acusado pudieran recuperar sus bienes cuando la comparecencia finalmente se producía: que éste se hubiese avenido a la satisfacción del fallo en caso de haber sido encontrado culpable. El demandante tenía garantizado así en todo momento la satisfacción de su agravio, pues no estaba obligado a devolver los bienes a su legítimo propietario hasta tener la certeza de que la sentencia judicial iba a ser cumplida.

En este sentido, como antes se ha afirmado, la prenda servía tanto para iniciar como para poner fin al proceso. Aunque con mayor motivo lo hacía en caso de incomparecencia o ausencia del demandado. Si a pesar de la coacción económica que ésta suponía, el demandado no se presentaba a juicio el día del emplazamiento sin presentar ninguna excusa o disculpa con la que razonablemente se pudiera dilatar el pleito, se imponía sobre el mismo una presunción de culpabilidad y, dándose por concluido el procedimiento, el dinero de la prenda

⁹ La enorme masa de textos altomedievales en los que el juicio se inicia por una prendación fue estudiada originalmente por E. MAYER: *El antiguo Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1926. Posteriormente, se pronunciaron también sobre esta cuestión J. ORLANDIS: «La prenda como procedimiento coactivo en nuestro derecho medieval (Notas para su estudio)», en el *AHDE*, 14 (1942-1943); y «La prenda de iniciación del juicio en los fueros de la familia Cuenca-Teruel», en el *AHDE*, 23 (1953), y F. TOMÁS Y VALIENTE: «Las fianzas en los Derechos aragonés y castellano», en *RecBod* 39 (Bruselas, 1971).

¹⁰ Véase F. TOMÁS Y VALIENTE: *Las fianzas...*, p. 470.

se utilizaba para satisfacer de alguna manera a la víctima o sus familiares, y para pagar los gastos ocasionados al tribunal. La prenda o fianza procesal era, en consecuencia, la única manera que se tenía para garantizar una cierta reparación del agravio al ofendido en previsión de la posible huida o desobediencia al tribunal del demandado.

Este sistema garantista se conocía desde antiguo, ya que la prenda extrajudicial fue una de las manifestaciones típicas de la autotutela de los derechos tradicionales germánicos¹¹. En tales ordenamientos jurídicos, el ofendido o sus familiares tomaban la prenda sin requerimiento de ninguna autoridad judicial. Era el propio núcleo familiar el que, a falta de un desarrollo institucional lo suficientemente fuerte, se valía de su autonomía para tomar en prenda los bienes del ofensor antes de iniciar cualquier forma de diálogo con el mismo para la resolución de su controversia.

Dicha práctica consuetudinaria fue reconocida en algún momento por el derecho visigodo escrito, aunque finalmente recibió la censura de Recesvinto en una de las leyes contenidas en el *Liber Iudiciorum*¹². Para entonces ya se había desarrollado una justicia pública a la que se pretendía dar preponderancia, desterrando todo vestigio de la autotutela judicial. Por eso, cuando tras el ocaso visigodo volvió a resurgir la institución de la prenda o fianza procesal en los ordenamientos municipales, los partidarios de la teoría germanista tradicional consideraron que ésta tenía una indiscutible naturaleza extrajudicial, propia del derecho germánico consuetudinario.

Para otro sector doctrinal, encabezado por Mayer, la prenda o fianza del periodo altomedieval no era sino el desarrollo de la antigua institución que en algún momento reconociera el derecho visigodo escrito. El principal argumento que barajaba Mayer para sostener esta teoría era que en el embargo o pignoración con el que, una vez interpuesta la demanda, se iniciaba el proceso a través de la prendación, siempre intervenía un funcionario público, que además era un delegado del rey, un portador de la señal o *sigillum regio*¹³. Para ello, el autor tuvo que hacer omisión de abundantes textos altomedievales en los que la toma de la prenda se realizaba sin la intervención de ninguna autoridad judicial, sino como un mero ejercicio de la autotutela del demandante, tal y como le reprochaba López Ortiz¹⁴. Se basaba exclusivamente en aquellos otros textos en los que el antiguo sistema de fianza germánico estaba fuertemente controlado por un delegado del rey, haciéndolos extensivos al resto de las situaciones procesales de los primeros siglos de reconquista.

Finalmente, una tercera teoría que se suma al debate es la que señala las coincidencias que existen entre la institución de la prenda que se desarrolló en la península y la que se utilizaba más allá de los Pirineos por el derecho franco. Arraigada la fortaleza estatal del mundo franco, la prenda extrajudicial que era

¹¹ E. de HINOJOSA: *El elemento germánico...*, pp. 452-470.

¹² L. I. 5, 6, 1.

¹³ E. MAYER: *El antiguo Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1926.

¹⁴ J. LÓPEZ ORTIZ se pronuncia extensamente sobre esta cuestión en *El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista...*, pp. 192-204.

utilizada por el derecho consuetudinario germánico desde tiempo inmemorial, fue reconocida por numerosas capitulares carolingias que limitaron el ejercicio de la misma a la intervención previa de un delegado regio, al igual que ocurriría en el derecho escrito visigodo y, por ende, en los primeros fueros locales de los reinos cristianos peninsulares. La utilización de la prenda como garantía procesal quedaba así legitimada por el derecho escrito, pero sólo cuando se producía mediante la intervención de las autoridades públicas, que recuperaron sus legítimas potestades en el proceso desterrando los sistemas privatistas propios de los derechos consuetudinarios.

Tanto en el derecho franco como en el derecho foral de la Península, la prenda se entendía como una fianza con la que se iniciaba del proceso, y requería de una previa autorización judicial que habilitaba a la parte demandante a llevarla a cabo, bajo la pena de devolver el doble de lo prendado al demandado, y una multa adicional que quedó finalmente establecida en 60 sueldos. La similitud de la cuantía de esta sanción en los distintos ordenamientos jurídicos a ambos lados de los Pirineos, pone asimismo de relieve las conexiones que existieron entre ellos, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XI, cuando las rutas jacobeanas y la introducción de la Orden benedictina de Cluny las hicieron más fluidas¹⁵.

En conclusión, si se atiende a la preceptiva intervención de las autoridades públicas que postulan los fueros municipales para ejecutar la fianza procesal, y a la importante multa económica que se impuso para limitar la autotutela, la controversia que se plantea al dilucidar si la institución tenía un origen germánico consuetudinario de naturaleza extrajudicial, o bien se había desarrollado por la influencia de otros ordenamientos extranjeros o como evolución propia de las instituciones visigodas, debería resolverse a favor de las dos últimas teorías. No obstante, la propia necesidad de establecer una multa para limitar la autotutela, y las reiteradas prohibiciones que aparecen en los textos forales para que nadie pignorara por su cuenta los bienes de otro, pone de manifiesto que de alguna manera la práctica de la prenda extrajudicial también se conocía y debía haber sido utilizada con cierta solvencia en algún momento anterior a la redacción de los fueros, posiblemente cuando era más evidente la debilidad del organismo institucional tras el ocaso del mundo visigodo.

En consecuencia, debió existir una cierta continuidad entre el ejercicio de la prenda extrajudicial del derecho germánico tradicional, la que después se impusiera en el derecho visigodo escrito mediante la intervención de las autoridades públicas, y el desarrollo de la misma en los textos municipales altomedievales, que a la herencia recibida unirían también una cierta influencia del derecho franco contemporáneo¹⁶. Como resultado de todo ello, la prenda seguiría entendiéndose como la única garantía procesal conocida por el derecho tradicional para procurar la comparecencia del demandado ante la justicia o, en caso contrario, satisfacer al demandante afectado por su desobediencia.

¹⁵ Véase J. ALVARADO PLANAS: *El problema del germanismo...*, p. 236, nota 77.

¹⁶ J. ALVARADO PLANAS: *El problema del germanismo...*, pp. 235-236.

3. LA CONTUMACIA O REBELDÍA EN EL DERECHO DE LA RECEPCIÓN

La recepción a partir del siglo XIII de los principios del *Ius Commune* supuso la paulatina implantación en todo el territorio castellano de un mismo esquema procesal, de carácter marcadamente técnico, en el que se consolidó la institución de la contumacia o rebeldía para dar respuesta a los supuestos de incomparecencia del demandado. Se utilizaron fundamentalmente para ello los textos del derecho canónico, y en especial las Decretales de Gregorio IX, que ofrecían una regulación innovadora del proceso romano, adaptado a los usos cristianos, y perfeccionado con una sólida base científica de la que se desprendía una visión excesivamente formalista del mismo, quizá demasiado lenta pero sin duda muy eficaz.

La influencia del proceso romano-canónico en el derecho castellano fue de una importancia sustancial. Además de los textos legislativos del *Ius Commune*, se conocieron también en la península un buen número de sumas y tratados referidos al proceso, que no sólo dejaron su impronta en la legislación alfonsina, sino que también fueron utilizadas por los juristas castellanos para la redacción de sus propias obras, dotando de unidad a la doctrina procesalista bajomedieval. Ésta fue definida en su momento como una literatura jurídica de carácter popular, ya que, al estar escrita en romance, se utilizaría fundamentalmente para la instrucción de los jueces y abogados legos que actuaban en los tribunales ordinarios, coadyuvando a la divulgación del proceso canónico por todo el reino¹⁷.

De tal manera, la redacción del Fuero Real y las Partidas, en la que probablemente intervinieron especialistas en el proceso canónico como Fernando Martínez de Zamora o Jacobo el de las Leyes, juristas ambos en la corte de Alfonso X, y la difusión de las obras de estos y otros autores bajomedievales en torno al proceso¹⁸, terminaron por consolidar en el derecho castellano un nuevo esquema procesal señaladamente formalista, en el que tuvo su origen la contumacia o rebeldía. Si la incomparecencia del demandado ante el tribunal se había resuelto hasta entonces con la mera ejecución de la prenda o fianza

¹⁷ M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla...*, p. 76.

¹⁸ La mayoría de dichas obras han sido publicadas por R. DE UREÑA, SMENJAUD, A. BONILLA y SAN MARTÍN: *Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924; J. ORLANDIS: «El pseudo ordenamiento de Alcalá», en el *AHDE*, 17 (1946); J. CERDÁ: La «Margarita de los pleitos» de Fernando Martínez de Zamora, en el *AHDE*, 20 (1950), y «Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», en el *AHDE*, 21-22 (1951-1952), aunque la autoría de este jurista ha sido discutida por A. PÉREZ MARTÍN: «Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá», en *Aspekte europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1982; J. ROUDIL: *Jacobo de Junta el de las Leyes. Summa de los nueve tiempos de los pleitos*, París, 1986; G. MARTÍNEZ DÍEZ: «Tres lecciones del siglo XII del Estudio General de Palencia», en el *AHDE*, 60 (1991); y A. PÉREZ MARTÍN: *El Derecho procesal del «Ius Commune»*, Murcia, 1999, donde se publican el *Ordo iudicarius «Ad summariam notitiam»* y sus derivados en el derecho castellano, además de ofrecernos una relación muy precisa del resto de la literatura procesal castellana, y también de la aragonesa.

procesal, la misma situación se vería descrita a partir de entonces a través de un concepto jurídico determinado, añadiéndose unos plazos y requisitos previos para su concurrencia, y distinguiéndose con precisión como un momento procesal que antes se desconocía. Se había creado una nueva institución jurídica, la de la rebeldía en el proceso, aunque no por ello se olvidó completamente el antiguo uso de la prenda, como veremos más adelante.

Siguiendo el esquema impuesto por el Derecho Común, la iniciación del proceso iba seguida de la inmediata citación del demandado ante el tribunal. Existían varias formas de citar a los inculpados: bien mediante una citación pública de la que tuviera noticia toda la comunidad a través de pregones u otras vías de comunicación de masas, bien mediante una citación de publicidad más restringida a los círculos habituales del sujeto, o bien mediante la convocatoria personal del procesado. En todas ellas se concedía un plazo para que compareciera el inculpado, y por eso al momento de la citación se le dio también el nombre de emplazamiento en el derecho castellano, siendo llamados los citados a juicio emplazados, encartados o acotados.

El plazo del llamamiento no estaba prefijado por la ley, dejándose en cada caso concreto al arbitrio judicial. No obstante, se había impuesto un principio de economía procedimental para que los juicios se sustanciasen lo más rápido posible, por lo que los jueces solían ajustar al máximo las fechas del emplazamiento en atención a las particulares circunstancias de cada causa. Por lo demás, era absolutamente preceptivo que en la carta, sello, orden judicial, pregón o citación oral que se hiciera, constase claramente la fecha y el lugar del emplazamiento, para que el emplazado no pudiera oponer la excusa del desconocimiento.

Si a pesar de todo ello, el emplazado no acudía ante el tribunal en la fecha y el lugar previstos, ni enviaba a ningún representante en su nombre, se producía una situación de incomparecencia que se solucionaba mediante la institución de la contumacia o rebeldía. En el proceso romano-canónico, el compromiso que asumía el emplazado al recibir la citación llevaba aparejado el deber de presentarse e intervenir en el proceso. Si cumplía con este deber, se sucedían los trámites ordinarios del procedimiento. Pero en caso de incumplimiento se abría otro momento procedimental distinto, a modo de bifurcación en el esquema planteado, a través de la contumacia o rebeldía. Ésta se entendía como el trámite a través del cual podía continuarse el proceso a pesar de la ausencia del demandado, y se legitimaba jurídicamente por la falta de respeto a la autoridad y el quebrantamiento de ley que suponía su incomparecencia.

La visión que de la rebeldía nos daba la doctrina jurídica castellana de la época era aún más amplia. A la falta de comparecencia del citado se unían las ausencias que pudieran producirse por su parte una vez comenzado el juicio, entendiéndose que si desde un principio debía abrirse el procedimiento en rebeldía, con más motivo podía emprenderse después. Así, según el maestro Jacobo de las Leyes, «*tres son las naturas por que es dicho el omne rebel. La primera manera es quando el omne aplaziado non quier venir aplazio, o viene et non quier responder. La segunda es quando viene a plazo et conpiesça el pleyto por respuesta et ante que sea sabida la verdat del pleyto vaysse sin vuestro*

*mandado. La tercera cosa es, quando viene aplazio et conpiesça el pleyto por respuesta et después que entiende que es sabida toda la verdad del pleyto vayse et non quier oyr el pleyto nen la sentencia»*¹⁹.

Fernando Martínez de Zamora también interpretaba la institución ofrecida por el Derecho Común afirmando que la contumacia del demandado podía producirse «*en non viniendo*» o «*en viniendo*» éste ante el tribunal, siempre que en algún momento posterior del pleito se produjese su ausencia. No obstante, la situación más frecuente, regulada como norma general por el derecho castellano de la recepción, era la que se producía por la falta de comparecencia a juicio del citado, para la cual ya se habían previsto ciertos plazos por el derecho romano-canónico, de manera que «*asi contumax es dicho el que es llamado por letras, por tres citaciones puestas o una por todas que es llamada peremptoria, et menosprecia venir*»²⁰.

En estos plazos y forma de la citación, preceptivos para señalar la rebeldía del emplazado, comenzaron a apuntarse las primeras diferencias entre el proceso civil y el proceso penal. La distinción entre ambos tipos de proceso fue sin duda una de las grandes aportaciones del *Ius Commune* al derecho procesal del occidente europeo, y ya empezó a ponerse de relieve en las leyes reguladoras del emplazamiento.

El emplazamiento en materia civil quedaba regulado de una manera muy amplia y genérica, como columna vertebral del esquema procesal sobre la que se impondrían las especialidades de la materia criminal, y así se preveía para él una única citación, «*que es llamada peremptoria*» como más arriba afirmara Fernando Martínez de Zamora. Según establecía para él el derecho castellano de la recepción, la falta de cumplimiento de esta única citación por incomparecencia estaba sancionada con una multa para sufragar los gastos de la administración de justicia y otra para la parte agraviada²¹.

¹⁹ *Las Flores del Derecho*, I, XII, 1, publicadas por R. DE UREÑA, SMENJAUD, A. BONILLA y SAN MARTÍN: *Obras del Maestro Jacobo de las leyes...*, p. 71.

²⁰ Véase F. MARTÍNEZ DE ZAMORA: *La Margarita de los pleitos*, I, II, edición de J. CERDÁ: *La «Margarita de los pleitos»...*, p. 667; y F. MARTÍNEZ DE ZAMORA: *Summa aurea de ordine iudiciario*, III, núms. 5-10, edición de A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune»...*, Apéndice III, p. 138: «*si el demandador vino et no el demandado, estonce es dicho el demandado contumax. Et para esto mejor saber et veer, devemos decir que a las vegadas est dicho contumax en viniendo, et a las vegadas es dicho contumax en non viniendo. Si viniere et no quisiere obedecer al mandamiento del juez, o si se fuere ante que el pleyto sea acabado. Estas dos maneras de contumacia avemos 11, questione 3, Certum (C.11 q.3 c.43). Otrosi en non viniendo est dicho contumax si fuere citado peremptorie et non viniere, o si se asconde maliciosamente, o si embargare que la citation non pueda venir a el. Estas tres maneras de contumacia avemos de verbo ad verbum en la decretal Quoniam frequenter, ut lite non contestata (X.2.6.5). Estas tres maneras quando el citado non quiere venir avemos en la ley, Digesto, de re iudicata, Contumatia (D.24.1.53), o dize asi contumax es dicho el que es llamado por letras, por tres citaciones puestas o una por todas que es llamada peremptoria, et menosprecia venir.*»

²¹ Véase la más genérica regulación contenida en el F. R. 2, 3, 6, y repárese en el tenor literal del F. R. 2, 3, 1: «*Si algun ome oviere querella de otro, parel señal delante el alcalde para otro día quel vaya facer derecho, e si la parare a ome de fuera de la villa, venga a tercer dia facer derecho: et cualquier de los contendores que al plazo non viniere o non enbiare como debe, peche cinco sueldos al juez para el rey, e cinco sueldos al contendor que viniere al plazo o que enbiare: et si aquel que non viniere diere escusa derecha porque non vino, o haya pena.*»

Las partes también estaban autorizadas a fijar la fecha de comparecencia de común acuerdo, sin perjuicio de esta regulación de carácter general, estableciendo en el pacto la sanción que acarrearía su incumplimiento. Dicho pacto debía ser notificado al juez o alcalde, ya que si las partes cambiaban la fecha de comparecencia sin su consentimiento se arriesgaban a ser sancionados con las multas establecidas subsidiariamente para el caso de ausencia²², que fueron ampliadas en su cuantía por una ley de Partidas según la importancia del tribunal ante el que se incumpliera el emplazamiento²³.

En cualquier caso, habiéndose fijado el plazo bien a través de un pacto privado o bien por virtud de un mandamiento judicial, si a pesar de la coacción económica que suponían las multas de incomparecencia el demandado no se presentaba al mismo sin alegar una excusa suficiente, el demandante era puesto en posesión de los bienes reclamados o de otros de valor equivalente. La única excusa contemplada por el derecho castellano para el caso de incomparecencia del demandado era la de enfermedad, aunque según el profesor Vallejo no es arriesgado suponer la contemplación de otras excusas análogas²⁴. El demandado debía presentarse a juicio o enviar a un personero en el plazo previsto para excusar su ausencia si quería que se fijase otro plazo y que el proceso continuase por los trámites ordinarios. En caso contrario, el demandante recibía en prenda la cosa demandada, o bienes muebles o inmuebles integrantes del patrimonio del reo hasta la cuantía de lo demandado, y quedaba en posesión de los mismos por el plazo de un año si se trataba de bienes raíces, o de seis meses si eran bienes muebles, transcurrido el cual dichos bienes pasaban a su propiedad²⁵.

La constitución de la prenda de incomparecencia, se tenía que completar necesariamente con otra medida de garantía en el supuesto de que el demandado no fuera hombre arraigado en el lugar de la jurisdicción: la fianza procesal²⁶. La fianza completaba o suplía a la prenda cuando el demandado no tenía en el lugar bienes con los que asegurar el resultado del litigio en caso de incomparecencia, y se había venido utilizando con la misma finalidad desde tiempo inmemorial²⁷.

²² F. R. 2, 3, 7 y P. 3, 7, 7.

²³ P. 3, 7, 8.

²⁴ J. VALLEJO: «La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas», en el *AHDE*, 55 (1985), p. 524.

²⁵ F. R. 2, 3, 5.

²⁶ F. R. 2, 3, 2: «*Si algun ome oviere demanda contra otro ome que sea raigado, demandel asi como dice el fuero, e si non fuere raigado, dé fiador al demandador quel cumpla fuero, e si fiador nol diere, vaya luego con él ante el alcalle facerle derecho; et si facer non lo quisiere, recabdelo por sí si pudiere, et si non, dígalo al merino o al juez o a cualquier de los que ovieren su lugar, et aquel a qui lo dixere recabdegelo de guisa quel faga derecho; et si facer non lo quisiere e el demandado se fuere, pechel la demanda que avie contra el demandado, porque gelo non quiso recabdar*».

²⁷ Así se especifica, al menos, en el Tiempo Segundo de «Los IX tiempos de los pleitos» contenidos en las *Glosas al Fuero Real de Arias de Balboa*, publicado según la edición de J. CERDÁ: «Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», en el *AHDE*, 21-22 (1951-1952), por A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune»...*, Apéndice II, pp. 116-117: «(...) e

Ambas figuras nos recuerdan el sistema altomedieval previsto en los fueros municipales para la ausencia de los demandados a juicio. La similitud es aún más evidente si se atiende a la terminología utilizada por el Fuero Real, ya que en el mismo no aparece expresamente utilizado el concepto de la rebeldía o contumacia, propio del Derecho Común, y sí las expresiones sobre ausencia o incomparecencia que se habían utilizado por el derecho tradicional castellano al tratar sobre la prenda o fianza de iniciación del proceso. Sin embargo, dicha cuestión terminológica no debe conducir a error. La prenda o fianza de iniciación del proceso altomedieval no pervivió anclada al esquema del proceso romano-canónico que se impuso en el derecho castellano, a pesar de que entre ellos se haya querido ver un posible equilibrio²⁸. El uso de su expresión en un texto que pretendía imponerse en el derecho municipal del reino pudo tratarse de una simple cuestión propagandística, ya que en su propia redacción el texto presumía de recoger la tradición jurídica castellana. Pero lo cierto es que la obra estaba fundamentalmente influida por el Derecho Común, y también en la particular institución de la contumacia o rebeldía a la que nos enfrentamos, a pesar de que no se reconociera con ese concepto.

Los paralelismos en esta cuestión entre la regulación contenida en el Fuero Real y la que era propia del *Ius Commune* son más que evidentes. Así, la posesión de los bienes del ausente que en las demandas civiles se otorgaba al demandante a modo de poseedor pignoraticio²⁹, coincidía básicamente con la *missio in bona* prevista en una Decretal de Inocencio III³⁰. Según ésta, en las demandas de tipo real se debía poner en posesión de la cosa reclamada al actor si el demandado no comparecía en el plazo previsto, y si la demanda era personal el juez debía poner en posesión del agraviado bienes muebles o inmuebles del demandado hasta la cuantía que considerase suficiente para garantizar la satisfacción del daño.

Esta misma idea se recoge posteriormente en una de las leyes de Partidas³¹, afianzándose en el derecho procesal castellano en obras como la *Margarita de los pleitos* de Fernando Martínez de Zamora³², la *Summa*

si el demandado non ha cosas muebles debe ser metido en la raiz, segund la quantía de la debda, e si non oviere mueble nin raiz faganlo recabdar fasta que de fiador de estar a derecho el demandado, e dando fiador pague las costas e las rebeldías, e si algo le fuere tomado seale tornado e cumpla de derecho antel juez».

²⁸ J. VALLEJO: *La regulación del proceso en el Fuero Real...*, pp. 525-526.

²⁹ Me refiero a la regulación contenida en el F. R. 2, 3, 5.

³⁰ X. 2, 6, 5: «... *In aliis vero casibus prudenter est attendendum, utrum contumax actione reali, an personali conveniatur. Si reali, mittendus est utique actor in rei petitar possessionem, ut taedio affectus reus veniat responsurus. Qui si venerit infra annum, iudicio sisti praestita cautione, ac exhibita satisfactione congrua expensarum, possessionem recuperet. Quodsi cautionem offerre neglexerit infra annum, actor post annum verus constituetur possessor, super proprietate duntaxat adversae parti defensione legitima reservata.*»

³¹ Véase P. 3, 2, 29.

³² La influencia directa de la citada Decretal en P. 3, 2, 29, y en la *Margarita de los pleitos*, I, 9, fue señalada también por J. MALDONADO: *Líneas de influencia canónica...*, p. 486.

aurea de ordine iudiciario del mismo autor³³, *Las Flores del Derecho* del maestro Jacobo de las Leyes³⁴, la *Summa de los nueve tiempos* también del maestro Jacobo, *Los IX tiempos de los pleitos* contenidos en las Glosas al Fuero Real atribuidas a Arias de Balboa, la *Summa de los nove tiempos del Pseudo Ordenamiento de Alcalá*, o los diez tiempos de los pleitos contenidos en la *Forma libellandi* del Dr. Infante³⁵. Todas ellas distinguen entre las demandas reales y las demandas personales para el caso de incomparecencia del demandado, solucionando ambas mediante una resolución que otorgaba la posesión al demandante de la cosa litigiosa o de bienes del ausente hasta la cuantía de la demanda³⁶. A continuación se producía una ficción jurídica consistente en suponer la comparecencia del demandado, entendiéndose que se había sucedido una *litis contestatio* para respetar el desarrollo del proceso. Y si tras este requisito la rebeldía o contumacia persistía aún durante un periodo de tiempo fijado por el derecho, se dictaba un segundo decreto judicial por virtud del cual el demandante se hacía finalmente propietario de la cosa.

El periodo de espera establecido por el derecho de las Decretales en las demandas de tipo real era de un año³⁷. Durante ese tiempo, la medida cautelar por la que el juez hacía al demandante poseedor de la cosa «*causa custodiae*» o «*causa rei servandae*», impedía que éste pudiera disponer de los bienes del demandado ausente sobre los que había adquirido la tenencia. Si en el plazo previsto el rebelde aparecía, podía recuperar sus bienes pagando los gastos

³³ F. MARTÍNEZ DE ZAMORA: *Summa aurea de ordine iudiciario*, III, núms. 28-31, edición de A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune»...*, Apéndice III, p. 139: «*Otrosi a las vegadas por razón de la contumacia del demandado es puesto el demandador en posesión de la cosa demandada, por razón de guardar. Mas esto en diversas maneras, ca una manera es en demanda real, et otra en demanda personal, ut notatur Quoniam frequenter, ut lite non contestata, in In aliis (X.2.6.5.6) et capitulo Tue, eodem titulo (X.2.6.3). Et si alguno manda el juez poner en posesión, desta manera debe mandar al alcalde o al merino que lo defienda en aquella posesión. Más el juez non debe mucho apresurarse a fazer tal posesión, salvo con buen acuerdo, ut notatur de dolo et contumacia, Contingit (X.2.14.9)*».

³⁴ *Las Flores del Derecho*, I, XII, 2, 1.ª parte, publicadas por R. DE UREÑA, SMENJAUD, A. BONILLA, y SAN MARTÍN: *Obras del Maestro Jacobo de las leyes...*, p. 73.

³⁵ Concretamente en el Tiempo Segundo de estas obras, publicadas en un estudio comparativo, siguiendo las ediciones previas de R. DE UREÑA, SMENJAUD, A. BONILLA y SAN MARTÍN: *Obras del Maestro Jacobo de las leyes...*; J. CERDÁ: *Las glosas de Arias de Balboa...*; J. ORLANDIS: *El pseudo ordenamiento de Alcalá...*; y DR. INFANTE: *Forma libellandi*, Sevilla, 1512, por A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune»...*, Apéndice II, pp. 116-118.

³⁶ Reproduzco por todas ellas el contenido de *La Margarita de los pleitos*, I, 7 y 9 según la edición de J. CERDÁ: *La «Margarita de los pleitos»...*, p. 665-666: «*Otrosi, si el çitado non quisiere venir al termino debes saber que si es çitado sobre demanda personal, asi como si te debe dineros o si te debe fazer alguna cosa con su corpo, el iuiz lo deve descomulgar et deve a ti meter en posesion de sus bienes, segunt la demanda. Esto dez la Decretal in titulo Ut lite no contestata Quoniam frequenter. (...) Otrosi, si la demanda es real, asi como sobre casa o vina o sobre otra herdat, e el çitado non viene, deve meter a ti en la posesion de la cosa demandada por razón de guarda. Esto dize la Decretal in titulo Ut lite non testata, Quoniam frequenter*».

³⁷ Véase X. 2, 6, 3 y X. 2, 14, 1.

procesales que se habían derivado de su anterior incomparecencia y prestando fianza suficiente sobre el objeto del litigio³⁸.

El mismo sistema se impuso en el derecho castellano de la recepción, discriminándose meramente el tiempo del plazo, que en el caso de bienes inmuebles seguía siendo de un año, pero para el caso de los bienes muebles se redujo a seis meses³⁹. Si se sucedieran dichos plazos de un año y seis meses sin que el reo contumaz permitiese a la parte contraria tomar posesión de los bienes raíces o muebles, respectivamente, las consecuencias jurídicas derivadas de su transcurso se harían igualmente efectivas para éste, que devendría en legítimo propietario de los bienes a pesar de no haber gozado de su previa tenencia, y podría ejercitar las acciones judiciales pertinentes para reivindicarlas⁴⁰.

Esta coincidencia entre el contenido del *Ius Commune* y el que se estableció en una de las leyes del Fuero Real no resulta, a mi modo de ver, ni confusa ni contradictoria con la ley que le antecedió en el mismo cuerpo jurídico, como afirmara el profesor Vallejo⁴¹. Esta segunda norma del mismo título sólo establecía una sanción penal para el supuesto de que el demandado, privado de sus bienes, los tomara a la fuerza del poseedor durante el tiempo de la tenencia. Entonces debía ser sancionado a pagar el doble de lo tomado al poseedor⁴². Pero dicha sanción no impedía la posibilidad de que éste pudiera constituirse en el legítimo propietario de los bienes, o «*verus posesor*», una vez transcurridos los preceptivos plazos de un año o seis meses, y con independencia de que hubiera podido gozar durante ellos de la completa posesión o tenencia de los mismos.

Sobre estas normas básicas acerca de la incomparecencia a juicio en materia civil, los textos jurídicos de la recepción comenzaron a oponer las primeras diferencias contempladas en atención al proceso en materia criminal. Desde esta perspectiva, la regulación de la contumacia o rebeldía se hizo mucho más

³⁸ Utilizo en esta ocasión un fragmento de *Las Flores del Derecho*, I, XII, 3, publicadas por R. DE UREÑA, SMENJAUD, A. BONILLA y SAN MARTÍN: *Obras del Maestro Jacobo de las leyes...*, p. 74: «Pues que el demandado es metido en tenencia dela cosa que demandava por suya por razón de la rebellia de so contentor; se el demandado vinier ante vos fasta un anno conplido et dier fiador para estar aderecho et pagare las costas a su contentor que fizo por razon desta rebellia, debe aconbrar la tenencia et después del anno pasado non la puede conbrar et sera dela tenencia el demandador verdadero tenedor; et es dicho en latin «*verus posesor*».

³⁹ Recuérdese la regulación básica contenida en el F. R. 2, 3, 5.

⁴⁰ Notando un evidente paralelismo con X. 2, 14, 9, así se expresaba el F. R. 2, 4, 2: «Si el alcalde mandare asentar a alguno en su demanda, o en buena de su contendor, porque el contendor non quiso responder asi como devie, o se ascondió por non facer derecho, e aquel en cuyo mandare asentar lo defendiere por fuerza, o se alzare, de guisa que el asentamiento non pueda ser cumplido, e pasare el año si fuere raíz, o los seis meses si fuere mueble, que en este plazo no venga responder por desfacer el asentamiento, aya la pena que avrie si el otro fuese tenedor del asentamiento».

⁴¹ Véase J. VALLEJO: *La regulación del proceso en el Fuero Real...*, p. 618.

⁴² F. R. 2, 4, 1: «Si algun ome fuere entregado o asentado por mandado del alcalde en buena de su contendor o en su demanda, e aquel en cuyo entregaren o asentaren forzare o tomare alguna cosa de aquello que el otro era entregado o asentado sin mandado del alcalde, pechelo doblado aquel a quien lo tomó».

precisa y exhaustiva, habida cuenta de la gravedad que representaba el orden penal frente al civil. Éste comenzó a definirse por la entidad de la pena impuesta más que por los bienes jurídicos a proteger, y la sanción que en este caso marcaba las distancias entre uno y otro proceso fue la pena de muerte, de manera que la especialidad del proceso en cuanto al emplazamiento y la rebeldía sólo se contemplaba «*si algún ome fuere demandado sobre muerte de ome, o sobre otra cosa porque meresca pena de muerte*»⁴³.

Definida la especialidad de proceso criminal para todos aquellos delitos que merecieran la pena de muerte, se establecía a continuación un complicado régimen, marcadamente descriptivo, en el que se empezaba por diferenciar si el inculpado se encontraba o no en la circunscripción territorial del juez competente a la hora de hacer el emplazamiento. Para ambos casos se establecía un sistema de triple citación, aunque los plazos y las sanciones por la incomparecencia o rebeldía eran muy distintos en uno u otro supuesto. El reo que pertenecía a la jurisdicción que conocía la causa debía ser emplazado ante la justicia en un primer término de nueve días, incumplido el cual se le intervenían todos sus bienes muebles e inmuebles para asegurar el resultado del litigio en virtud de un mandamiento judicial escrito. A continuación se sucedían otros dos plazos de nueve días, cuyo incumplimiento le acarrea el pago de las costas y una serie de multas procesales, además de darle definitivamente por culpable o «*fechor*» del delito y responsable de su pena⁴⁴.

Sólo si el imputado no estaba arraigado en el lugar, a falta de bienes suficientes debía prestar una fianza de comparecencia por la que se obligaba, él mismo o su fiador, a presentarse ante el tribunal en la fecha fijada para el juicio. Esta fianza de comparecencia tenía que cobrarse inmediatamente por los jueces o alcaldes competentes, sin esperar al transcurso de ningún plazo, en previsión de que la huida del reo impidiese toda forma de resarcir el ilícito⁴⁵.

Por su parte, el reo perteneciente a otra jurisdicción debía ser citado mediante el sistema del pregón, que era una peculiar forma de llamamiento a juicio, además de a través de la orden o carta que habitualmente enviada a su domicilio. El plazo de cada una de las tres citaciones era de un mes, y el

⁴³ F. R. 2, 3, 4.

⁴⁴ F. R. 2, 3, 4: «*Si algun ome fuere demandado sobre muerte de ome, o sobre otra cosa porque merezca muerte, emplácelo el alcalde que venga antel fasta nueve días si fuere raigado, et si non fuere raigado, recabdele los alcalles del logar; e faga derecho por su cabeza o por fiador sil oviere asi como manda la ley, e si el aplazado fuere raigado e non viniere al plazo, los alcalles o los que fueren en su logar recabden todos sus bienes mueble e raiz por escripto, e emplácenle de cabo a otros nueve días, e si non viniere facer derecho, peche las costas al querrelloso cuales las jurare, según el albedrío de los alcalles, e por el despez peche cinco maravedías al rey e cinco maravedís a los alcalles e cobre sus bienes, e si al plazo segundo non viniere, peche la pena que manda la ley del omecilio, e emplácenle la tercera vez a otros IX días, e si non viniere, denle por fechor; et si viniere al tercero plazo, sea oydo sobre aquello quel es puesto si lo fizo o non, mas non cobre la pena sobredicha en que cayó por su culpa...».*

⁴⁵ Sobre el funcionamiento de esta fianza procesal puede consultarse también la obra de F. TOMÁS Y VALIENTE: *Las fianzas...*, p. 470.

incumplimiento de cada uno de estos plazos le acarrea una serie de consecuencias jurídicas, entre las que se encontraba también la rápida intervención de todos sus bienes para procurar su presencia ante el tribunal o al menos resarcir de algún modo el ilícito⁴⁶.

En cualquiera de ambos casos, el reo rebelde podía justificar su ausencia por «*enfermedat luenga o prisión de su cuerpo o otro embargo derecho*» una vez transcurridos los dos primeros plazos. Entonces, atendiendo a la especial gravedad del enjuiciamiento, se le daba audiencia después de que hubiera presentado algún fiador solvente, y se le devolvían todas las multas o sanciones impuestas si podía demostrar la realidad de los hechos. Ahora bien, si la incomparencia se extendía hasta el tercer plazo incluido, y sólo después el reo quería personarse en el juicio, éste continuaba en los trámites ordinarios sin que cupiera la prestación de una nueva fianza ni la recuperación de los bienes por parte del contumaz⁴⁷.

Este régimen especial diseñado para el proceso penal por el derecho⁴⁸ se recogió y fue también difundido ampliamente por la literatura jurídica de la época⁴⁹. Su rigidez y marcado tecnicismo con respecto al proceso civil ordinario estaba jurídicamente legitimado por la gravedad de los hechos, entendiéndose que si se quebrantaba la prisión preventiva prevista como norma general para estos casos, se ponía en marcha inmediatamente un detallado proceso en rebeldía con el que se pretendía evitar la total impunidad del reo que de otra manera hubiera sido sancionado con la máxima pena corporal de muerte.

Abundando en esta cuestión, la regulación contenida en el texto de las Partidas especificaba que si el reo hubiese huido tras haberse cursado el preceptivo mandamiento de prisión, el juez debía mandar una segunda carta al lugar donde se encontrase para procurar su prendimiento y entrega por parte de las autoridades competentes en el mismo⁵⁰. Si desconocía el lugar de la huida, lo que solía ser mucho más frecuente, a falta de este nuevo mandamiento judicial cualquier persona podía detener al reo contumaz para llevarlo ante el juez y

⁴⁶ F. R. 2, 3, 4: «... *Et si alguno destes quier sea raigado, quier non, non le fallare en la tierra que ellos an de juzgar, faganle apregonar e decirlo en su casa o morada, que venga fasta un mes facer derecho sobre aquello quel aponen, e si non viniere, sean todos sus bienes recabdados, asi como es sobredicho, e pregónenlo e diganlo en su casa de cabo que venga fasta otro mes facer derecho, e si viniere a este segundo plazo, peche las costas e la pena sobredicha e faga derecho, e si non viniere, peche la pena que es puesta del omecilio, e pregónenle de cabo fasta otro mes, e si viniere, sea oydo sobre el fecho si lo fizo o non, mas non cobre la pena sobredicha. Et si a este tercero plazo non viniere, denle por fechor».*

⁴⁷ También en F. R. 2, 3, 4, *in fine*.

⁴⁸ De tal manera fue reiterado, sin diferencia alguna, en el F. R. 2, 8, 3.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, el Tiempo Segundo de «Los IX tiempos de los pleitos» contenidos en las *Glosas al Fuero Real de Arias de Balboa*, publicado siguiendo la edición previa de J. CERDÁ: *Las glosas de Arias de Balboa...*, por A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune»...*, Apéndice II, pp. 116-118.

⁵⁰ P. 7, 29, 1.

materializar su prisión, con independencia del momento procesal en el que estuviera el juicio en rebeldía⁵¹.

En esta circunstancia volvían a coincidir el proceso civil y el penal. En ninguno de los dos la situación de contumacia entorpecía o dilatava el decurso ordinario de los trámites una vez que el reo aparecía, tal y como se defendió en un principio. Las declaraciones de los testigos eran válidas a pesar de que no estuviera presente la parte acusada⁵², y llegado el momento de dictar sentencia definitiva tampoco se requería su presencia para que ésta fuera valedera en razón de la contumacia⁵³.

La rebeldía o contumacia prevista en el derecho castellano bajomedieval según el modelo recibido del *Ius Commune* consistía, en consecuencia, en la continuación del proceso con la que se castigaba al demandado sin su presencia y con las garantías procesales mermadas, estableciéndose en todo caso una cierta presunción de culpabilidad del ausentado. La institución no sólo permitía poner fin a un proceso que de otra manera hubiera quedado abierto e inconcluso hasta la aparición del inculcado, sino también reparar el daño causado a la parte agraviada y satisfacer en lo posible los gastos ocasionados a la administración de justicia, que se cobraban mediante la intervención de los bienes del rebelde o contumaz.

⁵¹ P. 7, 1, 18: «*Fuyendo se del lugar algun ome después que fuesse acussado sin licencia del judgador que lo podria apremiar en alguna delas maneras que diximos en las leyes ante desta, o si fuesse rebelde, e non quisiessse venir a la acusación a responder al plazo que le fue puesto, o si viniessse a responder al plazo, e después que óbviese respuesto se fuesse que non quisiessse seguir el pleyto, fasta que fuesse acabado, mandamos que en qualquier lugar de nuestro Señorio que lo fallaren después a este atal que así anduviere fuyendo, que lo puedan recabdar, e aducir delante del judgador do fuere acusado, o ante quien començó el pleyto, para hazer derecho ante el, a los que lo acusaron*». Véase también el contenido de P. 7, 29, 2, y P. 7, 29, 5, en el que se relacionan los delitos en los que cualquier ciudadano podía detener al reo sin el preceptivo mandamiento judicial. Fuera de esos casos, los acusados podían dar fiadores y quedar libres de prisión según se establece en P. 7, 9, 10, y P. 7, 12, 18. Sobre esta última cuestión, se pronunciaba igualmente F. TOMÁS Y VALIENTE: *Las fianzas...*, p. 470.

⁵² Así, por ejemplo, lo explicitaba tratando de las causas de nulidad F. MARTÍNEZ DE ZAMORA: *Summa aurea de ordine iudiciario*, IX, núm. 20, edición de A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune»...*, Apéndice III, p. 181: «*O si la parte fuere absente al jurar de los testigos et non por contumacia*».

⁵³ Véase también F. MARTÍNEZ DE ZAMORA: *Summa aurea de ordine iudiciario*, X, núm. 20, edición de A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune»...*, Apéndice III, p. 169: «*Lo sesto, que la sentencia debe ser dada presentes las partes, ut Digesto, de re iudicata, Quesitum (D.42.1.60), o dize que si en el tiempo de la sentencia alguna de las partes oviere fiebre, non semeja la cosa juzgada que pueda valer et la fiebre durando fasta que aya spacio, Codice, quomodo et quando judes, lege (C.7.43, sin ley), ca si fuere absente estonce por contumacia non enbarga la sentencia*». Lo mismo se afirma en la *Summa de los nueve tiempos del maestro Jacobo*, en «Los IX tiempos de los pleitos» contenidos en las *Glosas al Fuero Real de Arias de Balboa*, en la *Summa de los nove tiempos del Pseudo Ordenamiento de Alcalá*, y en los diez tiempos de los pleitos contenidos en la *Forma libellandi* del Dr. INFANTE, todos ellos publicados en un estudio comparativo, siguiendo las ediciones previas de R. de UREÑA, SMENJAUD, A. BONILLA Y SAN MARTÍN: *Obras del Maestro Jacobo de las leyes...*; J. CERDÁ: *Las glosas de Arias de Balboa...*; J. ORLANDIS: *El pseudo ordenamiento de Alcalá...*; y Dr. INFANTE: *Forma libellandi...*, por A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune»...*, Apéndice II, pp. 129-131.

4. EL PROCESO EN REBELDÍA EN SU EVOLUCIÓN Y SU PRÁCTICA

Las leyes del Fuero y de las Partidas continuarían rigiendo como la regulación básica en materia de contumacia o rebeldía hasta que la Codificación, en el siglo XIX, propusiera un replanteamiento general del orden jurídico español. Sin embargo, con el paso de los años se impuso una relectura de las mismas que adaptara el esquema procesal heredado del *Ius Commune* a las necesidades de la práctica forense cotidiana. En este sentido, no bastaban las obras procesales de los autores bajomedievales, que abundaban fundamentalmente en la cuestiones ya definidas en la norma. Hubo que recurrir a nuevos pronunciamientos de la monarquía con rango de ley para simplificar y perfilar con nitidez los rasgos más difusos del proceso, y sobre todo a la interpretación de los juristas de la Edad Moderna, que en general conocían muy de cerca la práctica de los tribunales de justicia.

En el proceso penal fue en el que se plantearon las mayores dudas con respecto a la aplicación de la rebeldía, y en el que se impusieron los usos más novedosos. Las huidas de los reos imputados en los más diversos delitos estaban a la orden del día por la severidad que caracterizó a la justicia penal de la monarquía absoluta, y había que encontrar soluciones a este problema. La más inmediata pasaba por ampliar la definición del proceso penal a la hora de aplicar la contumacia o rebeldía, ya que la parca definición que de él se hacía en el Fuero Real y las Partidas, basada exclusivamente en la calidad de la pena de muerte, era notoriamente insuficiente para abarcar a otros muchos supuestos de justicia criminal, y no respondía al propio sentido y finalidad del proceso⁵⁴.

Pero junto al deslinde mucho más preciso que hicieron entre el proceso civil y el proceso penal, los expeditivos autores de la Edad Moderna se emplearon también en distinguir en sus obras el proceso que se seguía ante los tribunales eclesiásticos, por ser esta jurisdicción la más importante junto con la ordinaria. La estructura que se impuso para el conocimiento y la aplicación práctica de la contumacia o rebeldía partía, en consecuencia, de esta triple distinción entre el proceso eclesiástico que se seguía en los tribunales episcopales, y los procesos civil y penal de los tribunales ordinarios. Sin embargo, en este trabajo se seguirán exclusivamente las diferencias que se establecieron entre los dos últimos tipos de procesos, pertenecientes al fuero secular, ya que las cuestiones relativas al fuero eclesiástico quedan al margen del estudio.

Tampoco se incidirá en este trabajo en especialidades del uso de la rebeldía, como la que rara vez se planteaba cuando el ausente no era el acusado sino el actor, tras cursar su demanda, o las que por la propia naturaleza del litigio presuponían la ausencia del reo, como ocurría en los juicios de residencia. Aunque en estos casos también se hablaba de rebeldía en la legislación y la doctrina, la institución a la que atiende este estudio es la que de forma habitual

⁵⁴ Véase también M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla...*, p. 100.

se producía por parte del acusado en un juicio, distinguiéndose meramente, como antes se ha dicho, entre el proceso civil y el proceso penal.

a) El proceso civil en ausencia o rebeldía

Uno de los prácticos de la Edad Moderna que se pronunció más ampliamente sobre el uso de la rebeldía, Alonso de Villadiego, comenzaba advirtiéndonos en su obra que cuando en el pleito civil se acusaba la ausencia del demandado, se le ofrecían al juez dos remedios para actuar contra el contumaz. El primero consistía en *«que se proceda contra él por la causa adelante, pidiendo se le señalen los estrados con quien se fagan los Autos hasta la sentencia difinitiva, y entonces los señala el Juez, y procede en la causa por sus términos, de la forma, y manera que se procede en la vía ordinaria contra el presente. El otro remedio es por vía de asentamiento, que es ser metido en la posesión de la cosa que pide, si intenta acción real: y si la intenta personal, en la posesión de los bienes del reo, hasta la cantidad de su demanda, y costas»*⁵⁵.

Estos dos remedios a la rebeldía, por vía de prueba o por vía de asentamiento, surgieron de las necesidades de la práctica jurisprudencial, y se plasmaron en la ley, como era preceptivo, en respuesta a un clamor popular. De hecho se plantearon como una de las primeras modificaciones o adiciones impuestas en el siglo XIV a la regulación contenida en los textos alfonsinos. La solicitud partió de un grupo de procuradores en las Cortes de Alcalá de 1348, que pretendían con esta medida ampliar la capacidad decisoria del actor cuando se encontraba con la dificultad de la ausencia del demandado en el juicio⁵⁶. A su voluntad se dejaba en consecuencia la elección de una de estas dos vías procesales, que además no eran excluyentes entre sí, de manera que habiéndose escogido alguna de ellas en primer lugar, podía optarse por la segunda en cualquier momento del proceso.

La medida fue reiterada en sus mismos términos por los Reyes Católicos en uno de los capítulos aprobados en las Ordenanzas de Madrid de 4 de diciembre de 1502⁵⁷. En ellos se resolvieron otras muchas cuestiones relativas a la aplicación de los distintos momentos procesales, entre las que se encontraba la duda surgida en la práctica acerca del comportamiento que había de seguirse ante la contumacia del menor. Un texto de las Partidas prohibía el emplazamiento de los menores de edad para garantizarles una especial protección ante la justicia⁵⁸, y en la práctica se venía actuando fundamentalmente contra ellos a través de la vía de prueba, sin que se pudiera pedir el asentamiento de sus bienes (subsidiariamente los de sus responsables jurídicos) para asegurar el resultado del proceso en caso de rebeldía. Esta realidad permitía la artimaña de

⁵⁵ A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarias del Reyno*, Madrid, 1766, núm. 57, f. 23.

⁵⁶ *Ordenamiento de Alcalá*, título VI, ley única.

⁵⁷ Véase este capítulo reproducido en N. R. 4, 11, 2.

⁵⁸ P. 3, 7, 2.

que «*el menor reo por malicia, y por dilatar el pleito se ausenta, o se esconde, o le esconden, o apartan sus parientes y administradores, y si el actor no pudiesse tornar a elegir via de assentamiento, el processo se impediría*». Motivo por el cual, los monarcas se avinieron también a autorizar expresamente que el actor pudiese elegir alternativamente la vía de prueba o de asentamiento en cualquier momento del pleito cuando el demandado fuera menor de edad⁵⁹.

Para proceder por cualquiera de estas dos vías era necesario previamente acusar la rebeldía del demandado. Como se dijo con anterioridad, una vez presentada la demanda en el proceso civil se preveía una única citación, cuyo incumplimiento se sancionaba con una serie de multas de incomparecencia, para apreciar la situación de contumacia o rebeldía en el demandado. Sin embargo, aunque en la práctica se impusiera un cierto principio de economía procedimental para que los juicios se sustanciases lo más rápido posible, las leyes alfonsinas no habían fijado ningún plazo unívoco en el que responder a la mencionada citación, sino que se dejaba al arbitrio judicial la determinación del tiempo de comparecencia en atención a las particulares características de cada causa. Debido a ello, los pleitos se alargaban mucho «*por razones maliciosas de los demandados, non queriendo responder derechamente a las demandas*», y tratando de resolver este problema que se le planteaba en las Cortes Generales del reino, Alfonso XI ordenó que todo demandado en una causa civil tuviera que responder a la demandada, bien personalmente o bien a través de un procurador, en el plazo máximo de nueve días⁶⁰.

La citación de nueve días propia del proceso civil se completó por los Reyes Católicos con la exigencia de hacerla a través de tres pregones sucesivos, que bien se le podían entregar personalmente al demandado o dejar en su casa, a sus criados o a sus vecinos más cercanos⁶¹. A partir de entonces este emplazamiento en tres pregones se consolidó expresamente por el derecho como un único término de carácter perentorio⁶². Los porteros, o las personas que en cada lugar tuvieran la función de llevarlo a cabo, estaban obligados a no dejar transcurrir más de un día desde que se les dieran las distintas órdenes judiciales para asegurar la correcta aplicación de este término, que era concluyente para el demandado, según ordenaron expresamente los reyes don Carlos

⁵⁹ N. R. 9, 11, 3.

⁶⁰ *Ordenamiento de Alcalá*, título VII, ley única.

⁶¹ En el capítulo 5 de las *Ordenanzas de Madrid*, de 4 de diciembre de 1502, reproducido en N. R. 4, 11, 2.

⁶² Así lo reiteraron los Reyes Católicos en el capítulo 3 de las *Ordenanzas de Madrid*, de 4 de diciembre de 1502, reproducido en N. R. 4, 3, 2: «*Otrosi mandamos, que el término que se assignare en los emplaçamientos, sea todo un término peremptorio, y que tenga tanta fuerça como si fuesse asignado por tres términos, y que el actor no sea obligado a acusar las rebeldías mas de al fin del termino y que no se ayan de atender los nueve días de Corte, ni los tres de pregones que disponían las leyes de los ordenamientos y estilo del Audiencia, ni aquellos, se ayan de dar: porque el dicho termino de treinta, o de quarenta días se le da por todos términos, y por peremptorio, y por los nueve días de Corte, y tres de pregones, y que esto mismo se guarde en las cartas de emplaçamientos que se dieren sobre las causas, y pleitos criminales, de qualquier calidad que sean*».

y doña Juana en 1519, tratando de asegurar la rapidez y el correcto uso de los plazos procesales⁶³.

En la nueva regulación que sobre esta cuestión acometieron los citados monarcas en el año 1519, se señaló también que de forma excepcional sólo valiese la citación de los negociantes y cortesanos que se hubiera hecho en sus personas o la de sus familiares, y no cuando ésta se realizaba en sus vecinos, huéspedes o personas extrañas. Con esta doble excepción se trataba, por un lado, de resolver el problema que suponían las constantes ausencias de los comerciantes por causa de sus viajes de trabajo; y, por otro, de ofrecer un nuevo privilegio procesal a los importantes personajes que copaban la corte del rey.

Otra de las cuestiones que entonces se plantearon a los reyes para su resolución legislativa, fue el correcto modo de acusar la rebeldía una vez transcurrido el término de la citación. Al parecer se quería evitar que la forma incorrecta de hacerlo pudiese provocar un vicio de nulidad en el proceso, motivo por el cual se estableció *«que las dichas rebeldías se echen, y asienten por los escrivanos en presencia de los dichos alcaldes, y no estando ellos ausentes, y que los dichos alcaldes esten dos horas, y no menos en las audiencias; y que si menos estuvieren, que no se pueda echar, ni llevar las rebeldías: y que aunque ayan estado el dicho tiempo, si la parte emplazada viniere estando el dicho alcalde presente, no se le pueda echar, ni llevar rebeldía, so pena que la rebeldía, que de otra manera echaren, y cobraren, qualquiera dellos pague cinco mil maravedís de pena para la nuestra Camara»*⁶⁴.

A partir de estas y otras expresiones, la doctrina mayoritaria interpretó que la aplicación del emplazamiento según establecía el tenor de la ley era requisito necesario para propiciar las consecuencias jurídicas de la rebeldía, de manera que un defecto de forma podía anular los efectos de la misma⁶⁵. Sólo si esto no ocurría, y la contumacia quedaba legítimamente determinada tras efectuarse correctamente la citación, se podían requerir las multas y costas procesales derivadas de la incomparecencia, y se abría la posibilidad para el actor de elegir la continuación del proceso por una de las dos vías mencionadas.

Las multas de incomparecencia apenas variaron con el paso del tiempo, siguiendo en esencia los criterios establecidos por la legislación y fallados por el juez de cada causa concreta⁶⁶. No así, la picaresca de los oficiales y delegados de justicia a la hora de cobrar sus derechos o costas derivadas de la incomparecencia hizo necesario que se dictaran nuevas normas de carácter prohibitivo, muy esclarecedoras de la situación a la que querían poner límite. En ellas

⁶³ N. R. 2, 8, 9.

⁶⁴ También en N. R. 2, 8, 9.

⁶⁵ Véase A. GÓMEZ: *Ad Leges Tauri, commentarium absolutissimum*, Madrid, 1780, comentario a la ley 76, núms. 1-3, y resumiendo posteriormente la opinión mayoritaria de éste y otros autores J. DE HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, I Tomo, Madrid, 1771, Primera Parte, párrafo 12, núm. 13, f. 67.

⁶⁶ El funcionamiento de las multas de incomparecencia seguía en la Edad Moderna la regulación impuesta por el derecho de la Recepción, tal y como nos informa, entre otros F. DE LA PRADILLA: *Suma de las leyes penales*, Madrid, 1639, Segunda Parte, caso XXXV, según la edición facsimilar de Valladolid, 1996, f. 54.

los monarcas castellanos también se vieron obligados a establecer unos plazos concretos para «cobrar la rebeldía», de tres días si el emplazado viviese en la misma ciudad del tribunal, o nueve en caso de que residiese a menos de cinco leguas⁶⁷. Las personas enviadas por el alcalde para cobrar las cuantías derivadas de la ausencia no estaban autorizadas para llevarse ningún derecho adicional por el desplazamiento, aunque tuviera que salir fuera del lugar donde estuviera el tribunal, so pena de devolver el cuádruplo de lo tomado ilegalmente, e incluso de perder el oficio si reincidía en su falta⁶⁸. Y en cuanto a los derechos que debía llevarse los alcaldes, se prohibió que se cobrara más a los contumaces que residieran fuera del lugar de la corte de justicia, «*porque soy informado, que los Alcaldes de nuestra Casa, y Corte, y de las Chancillerías, han acostumbrado llevar por cada rebeldía de los que llaman, y emplazan á los que son fuera del lugar donde nuestra Corte reside, setenta y dos maravedís; y por ser derechos demasiados, muchos labradores, y personas miserables no pueden pagar, y dexan perder las prendas*»⁶⁹.

Los derechos que los distintos oficiales de justicia debían llevarse por la apertura del proceso en rebeldía, quedaron tasados en leyes distintas para los que pertenecían a la justicia ordinaria, y los que actuaban en el tribunal de la Corte y las Reales Chancillerías. En primer lugar se tasaron los precios de la justicia municipal, cuyos jueces no podían cobrar por una rebeldía más de cuatro maravedís, y por una sentencia de asentamiento más de seis, si la causa era de cuantía superior a cien, o un solo maravedí, si era inferior⁷⁰. Por su parte, a los jueces de los tribunales superiores se les prohibió llevar «*a los vecinos de la dicha villa, y ciudad, y sus aldeas de plazo, y rebeldía más de doze maravedís, y el escrivano dell mandamiento tres, y el portero por le prender tres maravedís: y si de las aldeas fuere, que lleve mas el camino de prender, y no mas; por manera, que el dicho plazo con los derechos, sean diez y ocho maravedís, y mas el camino, si fuere de las aldeas*»⁷¹.

Además de estos derechos o costas iniciales del juicio en rebeldía, una vez que se continuara el proceso se derivaban algunos otros, que en general coincidían con los que se habían tasado por cada tribunal para los procesos en la vía ordinaria, aunque a ellos había que añadir en cada causa concreta el precio de los trámites que eran propios de la rebeldía, como por ejemplo el asiento de la prenda y del secuestro de bienes, el inventario de bienes que tenía que hacer el escribano, las informaciones de los testigos sobre la ausencia y los bienes del ausente, el proveimiento del administrador o defensor de los bienes en caso de que éstos se nombrasen, etc.⁷².

⁶⁷ N. R. 2, 8, 10.

⁶⁸ N. R. 2, 8, 11.

⁶⁹ N. R. 2, 8, 12.

⁷⁰ Véanse los aranceles de los derechos de las justicias ordinarias regulados por la reina Isabel en la *Pragmática de Alcalá de Henares* de 19 de marzo de 1502, en N. R. 3, 10, ley única.

⁷¹ Véase la regulación dictada por don Fernando y doña Juana en la *Concordia de Valladolid* de 10 de mayo de 1509 en N.R. 2, 8, 18.

⁷² Sobre estos especiales derechos que se debían cobrar en los procesos en ausencia se pronunció G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal e instrucción de escrivanos*, Valladolid, 1563, Segundo Tratado, ff. 28-29.

Si, tras haberse acusado y cobrado la rebeldía por parte del tribunal, el actor elegía continuar el proceso por vía de prueba, antes de ordenar el embargo de cualquiera de los bienes del rebelde, el juez debía mandar que se hiciera información sobre su ausencia y sobre los bienes que le pertenecían. Después de confirmar esta información a través del testimonio de al menos dos testigos idóneos, se hacía el mandamiento de embargo o secuestro de los bienes hasta la cuantía suficiente para responder a la demanda y a las costas del proceso. A diferencia de lo que ocurría cuando el proceso se seguía por vía de asentamiento, su tenencia no se dejaba al demandante, sino que había que designar como depositario o depositarios de los mismos a personas legas, llanas y abonadas de la comunidad⁷³.

Para el correcto desarrollo de este proceso también había que nombrar a un defensor o curador de los bienes del ausente⁷⁴. Esta figura, por lo general algún pariente del demandado que pudiera verse perjudicado con su declaración de culpabilidad, podía negar la demanda y continuar el proceso por los mismos trámites de la vía ordinaria, poniendo las excepciones y presentando las pruebas de descargo que tuviera a bien, hasta que el juez dictara la sentencia definitiva⁷⁵. Aunque en cualquier caso, su defensa se encontraba minada desde el principio por la importante presunción de culpabilidad que se derivaba de la incomparecencia del contumaz sin haber nombrado procurador⁷⁶.

Finalmente, la ejecución de la sentencia debía dilatarse aún por un año para que, en caso de que en ese tiempo apareciera el ausente condenado, éste pudiera ser oído por el tribunal, pagando previamente las costas procesales y sin posibilidad de reiterar los trámites del proceso. Pasado el año, los bienes que había tenido el depositario podían pasar a la propiedad del demandante, en virtud de la sentencia judicial, o bien ser vendidos en el almoneda pública para pagar las costas y la sanción impuesta, devolviéndose lo sobrante al patrimonio del reo rebelde.

En la práctica no eran muchos, sin embargo, los que escogían continuar el proceso por vía de prueba, sino que «*por mas brevedad se escoje esta via de asentamiento*»⁷⁷. Las ventajas de esta segunda vía eran más que evidentes. En primer lugar porque los bienes que aseguraban el pago de la deuda podían ponerse en tenencia del propio demandante, y no de un tercer depositario

⁷³ Los trámites a seguir en el proceso civil en rebeldía por vía de prueba, incluyendo los formularios concretos que a su juicio se debían utilizar para cada documento, fueron descritos pormenorizadamente por G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal...*, Segundo Tratado, ff. 23-29.

⁷⁴ Para la legitimación jurídica de esta figura del defensor se recurrió a la interpretación de P. 3, 2, 12, que era la ley que la establecía en el caso de ausencia por cautiverio u otras razones que mantuvieran al propietario por un largo periodo de tiempo fuera de su tierra.

⁷⁵ Sobre la validez de los trámites ordinarios del proceso realizados en ausencia del demandado véanse A. GÓMEZ: *Ad Leges Tauri...*, comentario a la ley 76, núm. 4, y J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, tomo I, libro II, capítulo XXI, núm. 217, p. 699.

⁷⁶ Así se expresó literalmente en el Ordenamiento de Alcalá, título VII, ley única.

⁷⁷ G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal...*, Segundo Tratado, f. 29.

imparcial. Y en segundo lugar porque no había que elegir a un defensor de los bienes y agotar todos los trámites del proceso civil ordinario, presentando excepciones procesales y pruebas hasta la sentencia definitiva, sino que bastaba esperar a que transcurrieran los distintos plazos previstos sin que el rebelde compareciera para devenir en el verdadero poseedor de los bienes, o pedir que se vendieran para cobrarse de ellos la deuda y las costas del proceso en el caso de que la acción fuera personal.

En esencia éste era el mismo mecanismo previsto por el *Ius Commune*, aunque con el paso del tiempo el derecho castellano había simplificado los plazos en los que se dilataba la posesión de los bienes a la espera de que compareciera el rebelde, con el objetivo de aligerar o abreviar el procedimiento. De tal manera, y atendiendo en todo caso a una demanda popular contra el innecesario alargamiento de los pleitos, en el año 1348 Alfonso XI modificó dichos plazos de espera, que desde el año en los bienes raíces y los seis meses en los bienes muebles impuestos por el Derecho Común, se rebajaron a dos meses en el caso de que la acción fuera real, y solamente un mes si la acción era personal⁷⁸.

El actor podía tener en su poder los bienes del demandante durante ese tiempo, dando fianzas de que no dispondría de ellos, y de que los devolvería en el mismo estado en que se le entregaron en caso de que así fuese necesario por la comparecencia del rebelde o por decisión judicial. Si la acción era real la posesión de dos meses se hacía en los bienes sobre los que recaía la demanda; pero si era personal el mes de tenencia debía hacerse en bienes muebles del demandado hasta la cuantía que se requiriera, y sólo a falta de éstos podía recaer sobre bienes raíces. Transcurridos dichos plazos, el actor se hacía propietario de los bienes sobre los que se había sostenido la acción real; y en la acción personal tenía una doble opción: o bien pedir que fueran declarados de su propiedad los bienes que había tenido hasta la cuantía de la deuda, o bien pedir que éstos fueran vendidos en pública subasta para obtener el dinero en metálico.

En el caso de que el actor optara por que se vendieran los bienes, se volvía a citar al reo personalmente o en su casa antes de hacer la venta, se hacía constar la cuantía de la deuda por escrituras auténticas, tomada información suficiente a al menos dos testigos, «y con esto los bienes se venden al pregón, si son muebles de tres en tres días, de suerte que passados tres días, se rematan en el mayor ponedor; y siendo raíces, de nueve en nueve días; y passados treinta, se rematan, y hacen pago a la Parte»⁷⁹.

Sólo se impuso una limitación para el desarrollo del asentamiento en el año 1525. Probablemente para aligerar aún más el proceso cuando se elegía esta vía, los monarcas doña Juana y don Carlos ordenaron entonces que no se pudiera hacer asentamiento en un proceso civil por rebeldía cuando la cuantía fuera inferior a seiscientos maravedís⁸⁰. En causas de tan escasa cuantía, que

⁷⁸ Véase la regulación dictada por Alfonso XI en el Ordenamiento de Alcalá, título VI, ley única, que fue reconocida posteriormente en la N.R. 4, 11, 1.

⁷⁹ A. DE VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial...*, núm. 57, f. 24.

⁸⁰ N.R. 2, 8, 15.

posteriormente se incrementara en la práctica hasta los mil maravedís, bastaba con tomar en prendas el dinero de la deuda hasta la resolución de la contumacia, sin tener que recurrir a la intervención de los bienes del demandado para su puesta en posesión del actor.

No obstante este esquema procesal básico, cuando Alonso de Villadiego, jurista buen conocedor de la práctica forense, trataba de explicar el proceso civil en rebeldía integrando los usos judiciales con las normas concretas del derecho castellano, no dudaba en advertir que *«aunque todo lo que queda dicho cerca del Pleyto Civil en rebeldía, va fundado en las Leyes Reales alegadas al pie, es necesario advertir, que esto se ha, y debe practicar en la forma, y modo, y conforme al estilo, y uso común que pareciere haver en qualquiera Provincia, o Tribunal de estos Reynos, que fuere del fuero del Reo demandado: porque las dichas leyes, y rebeldías se entienden más para las Causas Criminales»*⁸¹.

b) El proceso penal en ausencia o rebeldía.

Como se acaba de decir más arriba, las disposiciones legales que se dictaron en la Edad Moderna para prevenir y resolver los supuestos de contumacia o rebeldía estaban pensadas fundamentalmente para el proceso criminal. Los casos de delincuentes huidos para evitar la pena de su delito fueron mucho más abundantes que los de meros deudores ausentados de sus casas, y por eso hubo que ampliar la legislación relativa a este problema, resolviendo jurisprudencialmente aquellas cuestiones que no se hubiesen explicitado en la norma.

La rebeldía que se aplicaba al proceso penal en la Edad Moderna ya no afectaba sólo a aquellas causas que hubieran de castigarse con la pena de muerte, como se entendía en la legislación bajomedieval. La definición del proceso penal se había ampliado notablemente, entendiéndose como aquel por el que se juzgaba cualquier ofensa cometida contra el bien público o los valores básicos de la comunidad, por pequeña que ésta fuera, y con ello se daba cabida en él a una pluralidad de causas que no habían de ser castigadas necesariamente con la máxima pena corporal. A todas ellas podía aplicárseles la especialidad de la rebeldía en el proceso criminal, si bien se hicieron ciertas distinciones que atendían a su vez a la gravedad de los hechos que debían ser conocidos por cada tribunal.

De tal manera, se impusieron tres modos de proceder en la contumacia: *«Y el un processo de estos es conforme a derecho, y estylo de las ciudades, villas y lugares destos Reynos y señoríos de sus Majestades. Y el segundo processo en rebeldía, es al estylo de corte y chancillerías. Y el otro tercero, al estylo de pesquisidores, que su Majestad y los señores de su real consejo enbían a pesquisas, sobre delictos que se ofrecen en sus reynos»*⁸². Aunque, en opinión de Alonso Romero, el procedimiento a seguir era esencialmente el mismo ante cualquier órgano de justicia y las variaciones sólo se imponían en su momento

⁸¹ A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial...*, núm. 57, f. 24.

⁸² G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal...*, Cuarto Tratado, f. 58.

inicial, en los plazos concedidos para los sucesivos pregones y en los acuses de rebeldía⁸³.

Cuando actuaban las justicias ordinarias de las ciudades, una vez que el juez o alcalde municipal hubiese dictado el pertinente Auto de Prisión, el emplazamiento del reo ausente se verifica mediante tres edictos sucesivos, de nueve días cada uno de ellos. El plazo de nueve días se unificó en el siglo XVI para imprimir una mayor agilidad la justicia criminal, con independencia de que el reo residiera en la misma jurisdicción del tribunal o no, corrigiéndose en este sentido la legislación heredada del *Ius Commune* en el siglo XIII⁸⁴. Cada uno de los tres edictos sucesivos debían ser leídos en estrados, comunicados en el domicilio del ausente y fijados en el lugar público previsto en cada lugar para conocimiento de toda la comunidad. De todo este proceso nos hacía una somera pero precisa descripción Joseph Berní en el siglo XVIII:

«Este Auto (el de Prisión) se notifica al Ministro Alguacil, quien con el mayor sigilo hace la diligencia; si no puede ser avido el reo, hace el Ministro relación, y el Escrivano la nota en Autos, y en seguida passa al embargo de bienes. Si ay parte querellante, presenta Pedimento, contando el Auto de prisión, y que el reo no ha podido ser avido; y que procede llamarse al reo por Edictos. El Auto es: “Como se pide”. Forma el Escrivano un Edicto, y le manda fijar a la puerta del Juzgado, y da fee en Autos, insertando el Edicto fijado. Passados los nueve días, va el Escrivano a la carcel, y pregunta al Carcelero: si F. se ha presentado: responde, que no, y lo nota por diligencia. La parte presenta otro Pedimento, contando lo sucedido, y acusando la rebeldía, concluye suplicando el segundo Edicto. El Auto es: “Como se pide”, y se hacen otra vez las mismas diligencias antecedentes, y solo se añade: “ser el segundo Edicto”. Y las mismas diligencias se han de practicar por tercer vez. Y fenecidos los 27 días de los pregones, presenta la parte Pedimento narrando lo dicho, y que no ha comparecido el reo; y así, que se le nombre un defensor a la ausencia, con quien se sigan los Autos, y le pare el mismo perjuicio que si fuere presente. El Juez nombra defensor, quien acepta, y jura el encargo, y fecho, se le discierne; y con este defensor se siguen los Autos. Si la causa es de Oficio, el Juez manda el primer Edicto, y efectuadas dichas diligencias, concede el segundo, después el tercero, y últimamente nombra defensor, cada cosa en su Auto separado, y baxo las diligencias referidas»⁸⁵.

Cuando los que intervenían eran los alcaldes de la Corte o de las Reales Chancillerías, los edictos o pregones por los que se había de emplazar al delin-

⁸³ M.P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla...*, p. 175.

⁸⁴ La primera corrección en este sentido de las normas contenidas en el Fuero Real y las Partidas, fue hecha por los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Alcalá de 17 de enero de 1503, contenidas en el Libro de Bulas y Pragmáticas de Juan Ramírez, f. CLXXXVII vt y CLXXXVIII. En estas ordenanzas aún se establecían distintos plazos, de nueve o veinte días, según el presunto reo estuviese dentro de la jurisdicción del lugar de comisión o fuera de ella. Pero en el año 1566, Felipe II generalizó el plazo de 9 días para garantizar una mayor premura en el proceso, tal y como consta en la NR.4, 10, 3 y la NoR 12, 37, 1.

⁸⁵ J. BERNÍ: *Práctica criminal*, Valencia, 1749, libro II, capítulo IX, según la edición facsimilar de Madrid, 1995, pp. 108-110.

cuente debían pronunciarse en un plazo mucho más reducido, de tres días cada uno de ellos, sin requerirse más de un acuse de rebeldía al finalizar el último de ellos⁸⁶. La misma forma de proceder tenían que seguir los jueces pesquisidores cuando eran comisionados para seguir la investigación de algún delito en concreto, según se interpretaba del contenido de la ley y se aplicaba en la práctica cotidiana, tal y como nos informan entre otros Hevia Bolaños⁸⁷ o Castillo de Bovadilla:

«El orden y forma de proceder en rebeldía los Pesquisidores contra los reos ausentes, es la misma que guardan los Alcaldes de Corte y Chancillerías, que es, constando ante todas cosas por fe del Alguacil de la ausencia dellos, y de que no se han presentado en la cárcel, llamar los à pregones, y así se dize en los titulos de las Pesquisas, “Y hagays llamar por editos y pregones à los ausentes, de tres en tres días, como en caso acaecido en nuestra Corte”: y basta acusar una rebeldía al fin de los nueve, y si el termino fuesse tan breve, que no le huviesse para llamarlos de tres en tres días, como es, quando al fin del termino huyen los presos, y quien los guarda, y suceder cada día nuevos culpados ausentes, que se van llamando à pregones, los quales podrá llamar el Juez en el término que él tuviere, desando el necesario para sustanciar y determinar la causa, y assignarles por horas los términos, uno peremptorio para todo: porque no puede dar mas termino del que el tuviere ni ha de aguardar que su Comisión espire»⁸⁸.

Ya fuera el término de nueve o de veintisiete días en total, sumados los tres pregones sucesivos que se requerían en cada órgano de justicia, se entendía en todo caso como un único término perentorio o concluyente para el emplazado, al igual que ocurría en el proceso civil⁸⁹. Al margen del mismo, los trámites y consideraciones en torno al procedimiento se aplicaban por igual con respecto a uno u a otro término, con independencia de que el órgano de justicia que conocía la causa fuera inferior o superior, y por eso se desglosaban a continuación de forma unívoca⁹⁰.

Siendo una de las características definitorias del proceso penal su carácter público, en defensa del bien común, la práctica de los edictos o pregones en caso de ausencia del delincuente podía venir impulsada tanto a instancia de parte como de oficio, por cualquiera de los jueces competentes, *«porque razón*

⁸⁶ Esta norma fue aprobada por los Reyes Católicos en las Cortes de Toledo de 1480, ley 42, en CLC, tomo IV, pp. 124-125, y se recogió posteriormente en NR 2, 6, 7, y NoR. 12, 37, 2.

⁸⁷ Véase *«De la forma y orden que deben tener los Jueces Pesquisidores para proceder en rebeldía contra los Reos ausentes»* según J. DE HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, I Tomo, Madrid, 1771, Tercera Parte, párrafo 6, núm. 18, f. 198.

⁸⁸ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, tomo I, libro II, capítulo XXI, núm. 170, pp. 689-690.

⁸⁹ Así lo reiteraron los Reyes Católicos en el capítulo 3 de las Ordenanzas de Madrid, de 4 de diciembre de 1502, reproducido en N.R. 4, 3, 2, según vimos más arriba.

⁹⁰ En las Cortes de Toledo de 1538, en CLC, tomo V, pet. 42, pp. 124-125, los procuradores pidieron al monarca don Carlos que recortara la necesidad de hacer todas las peticiones y acusaciones de rebeldías previstas en las Ordenanzas de Alcalá de 1503 para aligerar el procedimiento, pero no obtuvieron ningún resultado positivo y las cosas siguieron igual durante siglos.

es, que los malos, y desaguizados, y malhechores no queden sin pena»⁹¹. Excepcionalmente, cuando el delito era muy grave o atroz, los jueces también podían ofrecer en los pregones que se publicase un premio para aquel que acusare o manifestare al delincuente, previéndose que dicha recompensa se detrajese de los gastos de justicia⁹².

Por el mismo motivo de la atrocidad, otros trámites del procedimiento en rebeldía podían ser asimismo alterados para facilitar la condena de los delinquentes⁹³. El ejemplo más evidente de esta realidad fue la pragmática contra el bandidaje dictada por Felipe IV en 1663, en la que tras acusarse la rebeldía «por edictos, i pregones de tres en tres días, como por caso acaecido en nuestra Corte», los bandoleros o salteadores de caminos eran condenados sobre la simple base de indicios y, sin necesidad de nuevas actuaciones, se pregonaba su culpa permitiendo bajo recompensa que cualquier persona pudiera detenerlos e, incluso, matarlos para presentarlos ante la justicia⁹⁴.

Pero volviendo al procedimiento ordinario, éste debía seguir unos trámites muy precisos regulados por el ordenamiento jurídico. En primer lugar, tras dictarse el auto de prisión, el alguacil debía dar fe ante el escribano de que había ido a buscar al reo a su casa, y a todos los lugares posibles donde pudiese ser habido, sin resultado. Entonces, el juez ante el que discurriese la causa mandaba que se hiciera el primer llamamiento a pregones, y en su caso ordenaba en un auto judicial que se tomara fianza de comparecencia⁹⁵.

La fianza de comparecencia, que se había previsto por la legislación bajomedieval sólo para el supuesto de que el imputado no estuviera arraigado en el lugar, se ampliaba en el proceso penal en rebeldía de la Edad Moderna en atención a la calidad del delito. La única diferencia era que, mientras que la fianza a prestar por el desarraigado podía ser personal o a través de algún fiador solvente, la que se previó para el que hubiese cometido algún delito de importan-

⁹¹ N.R. 8, 1, 6. Véase también la glosa *El señorío* de G. LÓPEZ a P.5,5,52, y el comentario a esta ley de la Nueva Recopilación de J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores...*, tomo I, libro II, capítulo XXI, núm. 172, p. 690: «Y también sepa el juez que aunque aya parte, puede por comisión della de Oficio, hazer llamar à pregones los ausentes, y que se les acuse las rebeldías, como puede hazer todos los demás autos y sentencias, según en otro lugar diximos: porque el hecho del juez se reputa por hecho de la parte, pudiendo sin parte proceder en lo principal, también podrá en lo preparatorio y antecedente, pues para la punición de qualesquier delitos se ayudan y corresponden la acusación de la parte, y el Oficio de la justicia».

⁹² Aunque esta práctica estaba prohibida por el derecho general del reino contenido fundamentalmente en P. 7, 1, 2, su legitimación con carácter excepcional en el caso de los delitos atroces venía avalada por la doctrina, tal y como nos informan J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores...*, Tomo I, libro II, capítulo XIII, núm. 76, p. 395, o A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial...*, núm. 15, f. 63 y núm. 375, f. 96.

⁹³ Véase M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla...*, p. 177, y más recientemente I. RAMOS VÁZQUEZ: *La represión de los delitos atroces en el derecho castellano de la edad moderna*, en la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 26 (2004), pp. 268-284.

⁹⁴ N.R. 8, 11, Aut. 3

⁹⁵ La regulación ordinaria del proceso penal en rebeldía, corregida por los reyes Isabel y Fernando en las Ordenanzas de Alcalá de 1503, y ratificada en ocasiones posteriores, aparece recogida en N.R. 4, 10, 3.

cia, en el que pudiera presumirse la huida, era una fianza meramente personal que se había de cobrar a través del secuestro de bienes, sin esperar a que transcurriese el plazo de ningún pregón.

Tanto si se tenía que tomar fianza de comparecencia como si no, el juez ordenaba que se hiciera el primer emplazamiento de nueve o tres días a través de pregón, el cual se notificaba en casa del imputado y se fijaba en algún lugar público, que según nos informan los autores resultó ser la puerta de la Audiencia o Juzgado competente. A tenor de la ley, en él debía de constar el nombre del contumaz, al que se le ordenaba presentarse en la cárcel en el tiempo pertinente, y el delito o delitos de los que se le acusaba. Aunque en la práctica se recomendaba a los jueces que «*en el auto, edicto, y pregón de llamar los ausentes, no se digan las causas de sus culpas, ni se agraven, ni encarezcan, sino digase que parezcan à purgarse de cierto delito, sobre que se procede contra ellos, porque lo contrario tiene inconvenientes*»⁹⁶.

La incomparecencia del citado a este primer plazo del término le hacía incurrir en la pena del «*desprez*», además de la intervención de sus bienes muebles e inmuebles para asegurar el resultado del litigio si antes no se había producido el secuestro de bienes, según se practicaba desde antiguo. La pena del «*desprez*» se había fijado en sesenta maravedís desde el año 1502⁹⁷, y se devengaba una vez transcurrido el plazo y acusada la rebeldía ante los jueces municipales, o con el mero cumplimiento del plazo ante los jueces de Corte o Real Chancillería. Ni estos últimos, ni los jueces pesquisidores o comisionados a sueldo estaban legalmente habilitados para cobrar dicho arancel, aunque al parecer en la práctica solían llevarlo al igual que los alcaldes municipales. Si antes de que transcurriera el tiempo del segundo pregón el rebelde aparecía, sólo debía pagar esta pena del «*desprez*» y las costas que por otros trámites pasados se habían acumulado para ser escuchado por el tribunal⁹⁸.

La incomparecencia al segundo plazo del término o segundo pregón era castigada, por su parte, con la pena del «*homecillo*» si el delito merecía pena de muerte. Para cobrar esta segunda pena o multa de incomparecencia, que se había reducido a seiscientos maravedís en 1502, era necesario que se cumplieran cumulativamente dos requisitos: que el delito por el que se juzgaba al ausente mereciera pena de muerte, y que en la jurisdicción en la que se veía la causa existiera la costumbre de cobrar este arancel⁹⁹. Si antes de que transcu-

⁹⁶ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, tomo I, libro II, capítulo XXI, núm. 171, p. 690.

⁹⁷ Entre los aranceles de los derechos de las justicias ordinarias regulados por la reina Isabel en la Pragmática de Alcalá de Henares de 19 de marzo de 1502, en N.R.3, 10, ley única, núm. 1: «*Primeramente de los desprezes y pregones que se dieren para llamar a qualquier delinquente en el caso que no pueda ser avido, que lleve el Corregidor, o Alcalde sesenta maravedís por todo ello, y no más*».

⁹⁸ Véase, entre otros, A. DE AZEVEDO: *Commentarium Iuris Civilis*, Amberes, 1618, libro 4, título 10, ley 3, núms. 47 y 55, G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal...*, Cuarto Tratado, f. 58.

⁹⁹ Entre los aranceles de los derechos de las justicias ordinarias regulados por la reina Isabel en la Pragmática de Alcalá de Henares de 19 de marzo de 1502, en N.R.3, 10, ley única,

rriese el tiempo del tercer pregón el rebelde aparecía, debía pagar las penas del «desprez» y del «homecillo», además de las costas devengadas, para poder ser escuchado por el tribunal.

Sobre esta cuestión hubo al parecer alguna duda entre los jueces, que no sabían cuándo cobrar la pena del «homecillo». Una posible interpretación era que no se podía cobrar dicha pena hasta que el juez por sentencia definitiva condenase al reo a muerte, «*porque la palabra “Sentencia” en duda significa la difinitiva*» y «*porque desde el tercero pregón hasta ella podría de las provanças y diligencias que se hiciesen constar de la inocencia del reo y no merecer la dicha pena de muerte*». Otra opinión era que no se podía cobrar el homicidio hasta que el reo se presentase, aunque este razonamiento podía rechazarse fácilmente atendiendo a las palabras de la ley, que permitían cobrar esta pena pecuniaria acusada meramente la rebeldía, ya en caso contrario sería muy difícil de reembolsar.

También podía interpretarse que «*no presentándose el reo, ó no siendo preso, no se puede cobrar el omezillo, hasta pasado el año fatal por la dicha premática, que dize “Y mandamos, que dentro del dicho año no se puedan executar las dichas penas pecuniarias ó de bienes”. Luego siguese, que tampoco se podrá executar la del omezillo, pues es pena: pero esto se entiende en quanto á las penas del delito principal, aplicadas a la parte, ó al Fisco, ó en otra manera, y no en la pena del omezillo, que se da por la contumacia*». Por lo que, según una cuarta y la más extendida opinión, «*lo mas jurídico, y lo primero parece, que se podrá cobrar el omezillo dado el tercer pregón, acusada la segunda rebeldía, y condenado el reo por sentencia interlocutoria en la pena del, y esta opinión se funda en la dicha ley del arancel de los jueces, que dispone poderse llevar el derecho del omezillo, “seyendo primeramente juzgado, y no antes”*»¹⁰⁰.

Esta última interpretación era la que se aplicaba de hecho en los tribunales. La multa del homicidio solía cobrarse una vez dictado el tercer pregón de emplazamiento, con lo cual, según nos informa Castillo de Bovadilla, «*queda resuelta otra contienda, que suele haver entre el juez que condenó el omezillo, y el sucesor en el Oficio, en cuyo tiempo el reo se presentó o fue condenado en difinitiva, ó se cumplió el año fatal, sobre qual ha de haver estos derechos, pues por resolución común esta assentado, pertenecer al primer juez, que condenó al reo en la pena del omezillo por la segunda rebeldía, y assí lo sentenció el Consejo en una Residencia en mi favor*»¹⁰¹.

núm. 2: «*Del homecillo, en el caso que aquel que fuere condenado aya muerto a otro, o aya de ser condenado a pena de muerte, donde el juez tuviere costumbre de le llevar, lleve seiscientos maravedís, y no más, seyendo primeramente juzgado, y no antes: si no mereciere muerte, que no lleve omisillo*».

¹⁰⁰ Véase especialmente en este punto a J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores...*, tomo I, libro II, capítulo XXI, núms. 182-187, pp. 692-693.

¹⁰¹ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores...*, tomo I, libro II, capítulo XXI, núm. 188, p. 693.

Finalmente, la incomparecencia al tercer plazo del término o tercer pregón, ya fuera éste de nueve o tres días, permitía al juez dictar un nuevo auto ordenando que se pusiera acusación en forma, y dando una última oportunidad al rebelde para comparecer en el plazo de tres días. Si no lo hacía, persistiendo en su contumacia, se daba el pleito por concluso y el juez lo recibía a prueba por el término previsto para las causas civiles.

Durante el periodo de pruebas el juez debía informarse de oficio de la posible inocencia del reo¹⁰², aunque la rebeldía seguía entendiéndose como un importante indicio que presuponía su confesión de culpabilidad¹⁰³. No obstante dicha presunción, y los testigos de la acusación que pudieran presentarse mayoritariamente en ausencia del delincuente, durante este término probatorio se admitía también la comparecencia de un Defensor o un Escusador que actuase en defensa del mismo.

Ninguna de estas figuras podía entenderse como un Procurador dejado por el acusado con plenos poderes para su representación, ya que en ese caso «no se pudiera decir rebelde el reo, ni ser condenado en las penas de la contumacia, y rebeldía, como sería aunque tenga defensor»¹⁰⁴. Generalmente el Defensor era un familiar del rebelde que, sin contar con poder de representación, podía presentar las pruebas de su descargo; mientras que el Escusador solamente trataba de excusar su ausencia, alegando las causas que la justificaban e intentando que el juez sobreyera las actuaciones para evitar la imposición de las penas de la rebeldía¹⁰⁵.

El funcionamiento de estas dos figuras en la práctica forense ha sido muy difícil de contrastar, no sólo por la escasez de la documentación que se conserva, sino también porque no sería muy frecuente el recurso a los mismos¹⁰⁶. Sin embargo, la posibilidad que ofrecía el derecho para utilizarlos queda fuera de toda duda por el amplio apoyo doctrinal con el que contaban, y también por el expreso reconocimiento que tangencialmente se hizo de ellos en algunas de las leyes castellanas, para determinar los derechos económicos que debían cobrar-

¹⁰² Todo ello se expresa en las Ordenanzas de Alcalá de 1503 dictadas por los Reyes Católicos, según consta en N.R. 4, 10, 3.

¹⁰³ Sobre esta cuestión se pronunció largamente, resumiendo las opiniones mayoritarias de la doctrina jurídica, D. DE LA CANTERA: *Quaestiones criminales*, Salamanca, 1589, *De quaestionibus tengentibus probationem*, Quaestio Prima, ff. 141-149.

¹⁰⁴ A. de VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial...*, núm. 379, f. 97.

¹⁰⁵ Véanse A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial...*, núm. 379, f. 97, J. DE HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica...*, I, Primera Parte, párrafo 10, núm. 32, f. 61, J. BERNÍ: *Práctica criminal...*, libro II, capítulo IX, pp. 108-110, o A. FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL: *Práctica criminal...*, libro II, cap. IV, ep. I, pp. 267-268, quien dice haber comprobado en la práctica que éstas figuras sólo se aceptaban cuando eran parientes del reo que pudieran verse afectados por una pena infamante, ya que en el resto de los casos el propio juez ya investiga de oficio la inocencia del reo, compelido por las Ordenanzas de Alcalá de 1503.

¹⁰⁶ Así lo cree M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla...*, pp. 176-177, quien afirma que no ha podido comprobar su existencia en ninguno de los procesos consultados.

se de los mismos¹⁰⁷, y para prohibir excepcionalmente su uso en las causas criminales de Hermandad¹⁰⁸.

Pasado el término probatorio, se hacía publicación de la causa con plazo de tres días para tachar o asentar lo probado, y cuando el juez no hubiera obtenido pruebas absolutamente determinantes de la inocencia del reo, bien de oficio o bien por la intervención de un defensor, la presunción de culpabilidad que se derivaba de su contumacia se unía a otros indicios que en el juicio ordinario hubieran conducido simplemente a su tortura para provocar la condena en sentencia definitiva.

Ahora bien, si el reo era apresado o se presentaba voluntariamente en el juzgado o en la cárcel antes de la sentencia definitiva, pagando todas las penas de «desprez», «homicidio» y costas devengadas podía ser escuchado en las pruebas de descargo que quisiera presentar, siendo válido todo lo actuado hasta entonces. Y si era apresado o aparecía después de pronunciada la sentencia, pero antes de que hubiese transcurrido el plazo de un año desde la misma, también debía ser oído y aceptadas sus defensas tanto en lo que respecta a las penas pecuniarias como en lo relativo a las corporales, pagando las dichas costas, «despreses» y «homicidios».

El plazo de un año fue el que se eligió como regla general para que la sentencia definitiva dictada en rebeldía se hiciera ejecutiva en cuanto a las penas corporales y pecuniarias, a pesar de que en distintas ocasiones los procuradores ciudadanos pidieron a los monarcas en Cortes que atemperaran o alargaran dicho plazo con respecto a éstas últimas¹⁰⁹. Por consiguiente, sólo en el supuesto de que el reo falleciera dentro del año, si el delito era de los que no se extinguían con la muerte, sus herederos podían acudir ante el tribunal para intentar salvar de su herencia las penas pecuniarias en que hubiera sido condenado.

Hubo una única excepción a esta regla general, que aprobó Felipe V en 1716 para agravar el juicio en rebeldía en el delito de duelo o desafío. Atendidas sus especiales circunstancias, y debido a la rigurosa represión que de él quería hacerse, en el delito de duelo o desafío juzgado en ausencia del reo bastaba el transcurso de dos meses de plazo para que la sentencia se hiciera ejecutiva, sin tener que esperar al año¹¹⁰.

¹⁰⁷ Según Pragmática dictada por doña Juana en Segovia, el 10 de junio de 1514, y recogida en N.R. 3, 1, 25.

¹⁰⁸ Según una de las leyes de Hermandad dictadas por los Reyes Católicos en Córdoba, el 7 de julio de 1476, en N.R. 8, 13, 9.

¹⁰⁹ El plazo de un año se fijó en las Ordenanzas de Alcalá de 1503, según consta en NR 4, 10, 3, y estuvo vigente hasta la época de la Codificación, como se deduce de la lectura de NoR 12, 37, 1. No obstante, en las Cortes de Segovia de 1532, en CLC, tomo IV, petición 50, pp. 550-551, se pidió a los monarcas que si el reo se presentaba y descargaba después de transcurrido dicho «año fatal» el juez pudiera atemperar la pena pecuniaria, sin obtener ningún resultado; y en las Cortes de Valladolid de 1542, en CLC, tomo V, petición 52, p. 243, se solicitó también que el «año fatal» se extendiese hasta dos años para poder librarse de las penas pecuniarias, obteniéndose igualmente una contestación negativa.

¹¹⁰ Felipe V por pragmática dada en Madrid a 16 y 27 de enero de 1716, en N.R. 8, 8, Aut.1: «... que el desafío, ó duelo deva tenerse, i estimarse en todos mis Reinos por delito (...): i asimismo mando que, si el delito se probare con dos testigos de fama, ú de notoriedad, no pudien-

Después del año, la sentencia se hacía ejecutiva en cuanto a las penas pecuniarias, que ya no abarcaban la intervención de todos los bienes del rebelde como decía la legislación bajomedieval porque, según establecieron los Reyes Católicos en las nuevas Ordenanzas de Alcalá de 1503, «*en quanto a esto la revocamos*». Las penas pecuniarias se detraerían a partir de entonces del secuestro de los bienes del delincuente que fueran suficientes para cobrarlas, el cual, si no se había realizado al comienzo del litigio por la gravedad de la causa, debía realizarse posteriormente en un tiempo máximo de treinta días. Tales bienes se ponían a la venta en pública almoneda, pregonándolos de tres en tres días, y rematándolos en el último pregón en quien más dinero diere por ellos. El dinero se ponía en poder de un depositario hasta que se pagase a la parte o partes agraviadas la pena pecuniaria establecida en la sentencia y se cobrasen los gastos de la justicia, reintegrándose lo sobrante en el patrimonio del ausente.

Había quien opinaba que si después de estos trámites aparecía el reo, dando fianza suficiente de que pagaría la condena pecuniaria, se le podían volver a integrar los bienes secuestrados que todavía no se hubiesen vendido¹¹¹, dándole audiencia tanto con respecto a las penas corporales como con respecto a las pecuniarias, y así se acostumbraba a hacer en muchas ocasiones, al menos en la Chancillería de Valladolid¹¹². Pero lo cierto es que la letra de la ley sólo permitía que, una vez pasado el año que hacía ejecutiva la sentencia, pudiera volver a tratarse únicamente acerca de las penas corporales que, por su propia naturaleza, no podían haber sido aplicadas en ausencia del reo¹¹³.

do ser havido, i preso el reo, siguiéndose la causa por los términos señalados en las de rebeldía, i dentro de dos meses después de publicada la sentencia no se presentare en la cárcel, se tenga por convicto irremisiblemente en quanto al perdimiento de sus bienes, sin que para la pena corporal puede jamás ser oído para su descargo, ni admitido por mis Secretarios memorial alguno suyo, ni de otro en su nombre, ni en su favor, que no fuere presentándose antes en la cárcel».

¹¹¹ Citando a Avendaño, así se pronunciaba A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial...*, núm. 384, f. 97.

¹¹² G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal...*, Cuarto Tratado, f. 59: «*Pero contra esta ley se debe advertir, que si passado el año y día, después que la sentencia fuere notificada en los estrados contra el rebelde se presentasse en la cárcel para alegar de su inocencia, sobre el delito de que es acusado, será oydo sobre las penas pecuniarias en que esta condenado. Porque muchas vezes los alcaldes del crimen de chancillería de Valladolid lo acostumbran a hazer. Ansi avida consideración a que se presentó, y a la culpa que contra él resulta por el processo, y que ellos le pueden condenar por su sentencia, en lo que fuere justicia, y le oyen de nuevo sobre las penas corporales y pecuniarias, purgando las costas, avida consideración a que la sentencia no está executada*».

¹¹³ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores...*, tomo I, libro II, capítulo XXI, núm. 216, p. 699: «*Assi mismo podrá el Pesquisidor oyr y sentenciar de nuevo á los que absolvió de la instancia del juyzio, y á los que sentenció en rebeldía, y durante su comisión se presentaron ante el, porque el primer juyzio, mediante la fuga del reo, que hizo semiplena provança, fue por ficción, y así en las penas corporales no passa en cosa juzgada, y el segundo juyzio es por existencia de verdad, en el qual la fuga á lo mas sirve de indicio, y la Comisión que se dio al juez, fue para castigar el delito por los actos y juicio verdaderos y efectuosos: esto me parece, aunque MONTERROSO tuvo lo contrario*». La opinión contraria puede consultarse en G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal...*, Octavo Tratado, f. 238.

A pesar de las oportunidades que les ofrecía el derecho, una vez que se producía la huida no eran muchos los rebeldes que con posterioridad se presentaban voluntariamente ante el tribunal. En primer lugar porque la presunción de culpabilidad pesaba demasiado como para poder ser destruida con una mera declaración. En segundo lugar porque se tenían por válidas todas las pruebas en contra tomadas durante la ausencia. Y en tercer lugar porque las sentencias que se dictaban contra los rebeldes solían contener penas muy severas que éstos no querían afrontar «*por el miedo que tienen de la vexacion y gastos*», dejando que el transcurso del «*año fatal*» las confirmase¹¹⁴.

En definitiva, la legislación castellana colocaba al reo rebelde o contumaz en una situación de inferioridad de condiciones con respecto al presente. Pero, a pesar de ello, a muchos delincuentes les convenía evadirse de la justicia para evitar la severidad del derecho penal, interrumpiendo sólo el proceso en rebeldía si eran apresados por los oficiales públicos o por algún particular que quisiera cobrar la recompensa. Las escasas garantías con las que contaban en el proceso, y el temor a las rigurosas sanciones que solían aplicarse en la mayoría de los delitos, les impulsaban a la huida aun sabiendo que su ausencia equivalía a obtener una sentencia condenatoria. De esta manera, el rebelde podía al menos evitar la aplicación de las penas corporales, e iniciar una nueva vida en otra población cambiando de nombre y profesión. Con el paso del tiempo, perdido el proceso en el olvido, algunos incluso regresaban a sus lugares de origen, tramitando el indulto con grandes posibilidades de éxito, porque lo que le interesaba a la justicia penal de la Edad Moderna, de carácter marcadamente ejemplarizante, era sobre todo la inmediatez de la pena, y una vez que ésta se había perdido no era difícil zafarse de ella¹¹⁵.

ISABEL RAMOS VÁZQUEZ

¹¹⁴ Véase J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores...*, tomo I, libro II, capítulo XXI, núm. 193, p. 695: «*Muchos pesquisidores en lo que toca á los procesos de ausentes, por maravilla los veen como deven, y dan unas sentencias disparatadas con penas no condignas á los delitos, por mostrarse terribles, espantosos y afamados, remitiendo la censura y lima dellas, á quando se presenten los reos, los quales por el miedo que tienen de la vexacion y gastos, muchas vezes no se presentan, y quedan las tales sentencias con el transcurso, y lapso del año fatal, confirmadas en las penas pecuniarias (aunque los Alcaldes de Valladolid suelen oírlos sobre ellas) y las partes, por la inconsideración y precipitación del juez y prescripción quizá para siempre destruydas, no considerando que les manda la ley, que no condenen al ausente en mas de la pena que merece, y no era menester que la ley lo dixera: pues lo dicta, y dize la razón natural*».

¹¹⁵ Sobre esta cuestión, véase F. TOMÁS Y VALIENTE: *El derecho penal de la monarquía absoluta...*, p. 184.

Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de derecho penitenciario

SUMARIO: I. Introducción: La ciencia penitenciaria en el siglo XVI.–II. Vida y obra de Tomás Cerdán de Tallada (1533-1614).–III. El sistema carcelario en el siglo XVI. La cárcel de Valencia.–IV. El contenido de *La Visita de la cárcel, y de los presos: en la cual se tratan largamente sus cosas, y casos de prisión, así en causas civiles, como criminales; según el derecho Divino, Natural, Canónico, Civil y Leyes de Partida, y Fueros de los reinos de Aragón, y de Valencia. Compuesta por el Doctor Thomás Cerdán de Tallada, abogado de presos, natural de la ciudad de Xativa del dicho Reyno de Valencia.* IV.1. Aspectos formales de la obra: Estructura y contenido. IV.2. Propósito, objetivo y finalidad. IV.3. El tratado carcelario que contiene *La Visita...* IV.3.a) La cárcel. IV.3.b) Los presos y su asistencia. IV.3.c) Las causas de encarcelamiento. IV.3.d) Las condenas.–V. Significación del autor y de la obra.

I. INTRODUCCIÓN: LA CIENCIA PENITENCIARIA EN EL SIGLO XVI

La ciencia penitenciaria surge en el siglo XVI, como parte del derecho penal, gracias a la aportación de las obras de Bernardino Sandoval, maestre-escuela de la catedral primada de Toledo y autor del *Tratado del cuidado que se debe tener con los presos pobres*, editado por primera vez en 1564¹; y Tomás Cerdán de Tallada que, con *La Visita de la cárcel y de los presos* editada

¹ Editada en Toledo, en la imprenta de Miguel Ferrer. Existe una segunda edición realizada en Barcelona en 1883.

por vez primera en Valencia, en 1574² entonó, dentro del panorama español, una de las escasas y aisladas voces de tratadistas que abordaron la ciencia penitenciaria en sus orígenes³. Otras obras, que pese a su inferior calado contribuyeron al desarrollo de esta rama del derecho penal en sus momentos incipientes, fueron la de Cristóbal de Chaves, procurador de la Audiencia de Sevilla, autor de *La Relación de las cosas de la cárcel de Sevilla y su trato*⁴; Pedro de León, jesuita que atendió espiritualmente a los presos de la misma cárcel sevillana durante 38 años y redactó un *Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús*⁵; Cristóbal Pérez de Herrera, humanista, político y poeta que ejerció como médico de la cárcel Real de Madrid y de la de Valladolid, autor de *Amparo de los verdaderos pobres y reducción de los fingidos* editada en 1598⁶.

La mayoría de estas obras nacen de la preocupación por el hombre, el culto al trabajo, al espíritu productivo y al utilitarismo suscitados por el ideario erasmista vertido principalmente en la obra precursora de Juan Luis Vives (1494-1540) *De subventione pauperum sive de humanis nec essitatibus*⁷ y reflejado en el interés especial que por la asistencia de los pobres y los indigentes, en conexión

² En la imprenta de Pedro Huete. Unos años más tarde, en 1604, la *Visita* alcanzó nueva edición, en la misma Valencia, en la imprenta de J. Garraiz.

³ LISZT, Franz (von): *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 18.^a edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho penal en España, por Quintiliano Saldaña, tomo I, Madrid 1999 (cuarta ed.) Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Vol. XI, p. 349; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español* (2.^a ed.) Tecnos, Madrid, 1980, p. 321.

⁴ Que vio la luz por primera vez en esa misma ciudad y cuya intención no va más allá de dar contenido a una descripción circunstanciada del régimen penitenciario español de su época. La fecha de aparición de esta obra no pudo ser anterior a 1585, tal y como segura GALLARDO, B.: *Ensayo de una biblioteca española de libros raros y curiosos formado con los apuntamientos de don Bartolomé José Gallardo, coordinados y aumentados por don M. R. Zarco del Valle y don J. Sancho Rayón*, 4 tomos, Madrid, 1968-69 (edición facsímil de la de 1866), Ed. Gredos. En el tomo I, pp. 1342-1370 se recoge y edita por segunda vez la *Relación...* de Chaves.

⁵ El *Compendio* del padre Pedro de León debió terminarse de escribir hacia 1616. De esta obra se conocen 4 ejemplares, dos completos: los de Granada (es copia del original hecha en 1619) y Salamanca, y dos incompletos: el de Sevilla y el de Alcalá de Henares. Sobre el *Compendio...* existen varios estudios de interés: PETIT CARO, C.: ... «La cárcel de Sevilla», en *Archivo Hispalense* Segunda época, núm. 12, Vol. IV (Sevilla, 1945), pp. 37-85; HERRERA DE PUGA, P.: *Sociedad y delincuencia en el siglo de Oro*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1974; HERRERA DE PUGA, P.: (Edición, Introducción y Notas) *Pedro de León, S.I. Grandeza y miseria en Andalucía, testimonio de una encrucijada histórica (1578-1616)* –Prólogo de A. DOMÍNGUEZ ORTIZ. Granada, 1991.

⁶ La obra de Pérez de Herrera *Amparo de pobres...* cuenta con una segunda edición facsímil realizada en 1975 por CAVILLAC, M.: (*Amparo de Pobres* Colección Clásicos Castellanos) añadiendo al texto original Introducción y Notas, que es la que aquí se ha consultado. En ella se trata genéricamente de los pobres y la pobreza, incluye un capítulo específico sobre el tema de los presos pobres: «Del amparo de los pobres vergonzantes, de las cárceles, cautivos y huerfanos» en el que el autor manifiesta conocer la importancia de la obra de Bernardino Sandoval y de Cerdán de Tallada en relación a escribir sobre la materia de los encarcelados pobres y *tratar de su cuidado, remedio y orden*. pp. 75-78.

⁷ Editada en Brujas en 1526 y cuya influencia se hizo sentir muy pronto en determinados pensadores españoles.

con la sensibilidad caritativa. Los pensadores y las obras que se alinean dentro de esta corriente en España forman un grupo aparte que, pese a su difícil calificación como conjunto homogéneo, permite, en cualquier caso, identificar en el siglo XVI una doctrina formulada en todos sus extremos acerca de la vida en las principales cárceles, en la que se apuntan ya las dos concepciones históricas tradicionales de la institución carcelaria. O bien, la consideración predominante de que la cárcel es un reducto en el que recogía a los detenidos a la espera de juicio, o bien, su consideración marginal como instrumento punitivo⁸. En ningún caso se contempla la cárcel como hoy en día, como un lugar en el que el delincuente cumple su condena y en que se procura su reinserción en la sociedad, una vez cumplida⁹. El enfoque que se daba en la Edad Moderna al problema carcelario se sustentaba sobre la consideración de lugar donde el preso había de permanecer a la espera de juicio, y donde podía conseguirse todo por dinero, por que el oro abría puertas, quitaba grillos y proporcionaba comodidades.

Del breve elenco de obras reseñadas destaca de manera singular la *Visita...* de Tomás Cerdán de Tallada¹⁰, que constituye algo más que una descripción del estado de la cárcel de la Audiencia valenciana, que conocía bien por su trabajo como magistrado. En ella aborda una interpretación del derecho penitenciario, de la ley, y de los instrumentos jurídicos que la conformaban conjugando varios tipos de derecho e introduciendo en todo ello una gran complejidad. Sin limitarse a la descripción de la vida de la cárcel valenciana, Cerdán realiza un tratado en el que fija, recoge y sistematiza la materia de los presos y de la cárcel, desasistida hasta entonces y sometida a una peligrosa variedad, incluso por parte del propio Rey¹¹. Su análisis va más allá de un impulso de beneficencia y apunta hacia la centralización de una rama del derecho fundamental para el absolutismo monárquico, partiendo de la base de la patente

⁸ Siendo una excepción a este principio la prisión por deudas, que implicaba con frecuencia que el deudor quedaba a merced del acreedor, pudiendo éste retenerlo, dándose más adelante paso a un sistema público de reclusión de los deudores como castigo específico a modo de medida coactiva para gozar al deudor a pagar.

⁹ En efecto, como señala HERAS SANTOS, J. L., la cárcel como pena reina, sólo tiene sentido en un sistema jurídico liberal basado en el reconocimiento de los derechos individuales, y no en un sistema jurídico basado en el privilegio, como era el del Antiguo Régimen, en el que cada persona recibía un tratamiento jurídico diferente *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991, p. 265.

¹⁰ Así es considerado por la historiografía contemporánea, véase PIKE, Ruht: *Penal servitude in Early Modern Spain*, The University of Wisconsin Press, 1983, p. 162, núm. 44.

¹¹ En 1572 Felipe II requirió información de las principales ciudades del reino acerca del número de presos condenados al servicio de galeras en sus cárceles, así como de los gitanos y vagabundos que andaban dentro del ámbito de sus jurisdicciones respectivas. Tal iniciativa, que sin duda respondía a la acuciante necesidad de proveer de galeotes a la Armada española en un momento crítico, redundó en la alteración de las costumbres penales tradicionales provocando que no se conmutasen las penas a galeras, o que se agilizase el despacho de las sentencias, o que no se admitiesen apelaciones etc., para hacer rápidamente efectivas las condenas y no por fallo judicial, sino por celo de los funcionarios en cumplir la voluntad real. *vid.* FERNÁNDEZ VARGAS, V.: En «Noticia sobre la situación penal de León en 1572 y 73. Un documento para la historia de la penalidad en España», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 38 (Madrid, 1968), pp. 629-634.

contradicción que suponía que un sistema penal como el del siglo XVI, concebido como un gran aparato represor, careciera de un correlativo sistema carcelario sistematizado, invariable y regulado de modo acorde con la eficacia y el orden. Tal vez por que abarcaba un más amplio espectro, la obra jurídica de Cerdán de Tallada tuvo una gran difusión y adquirió fama en su tiempo, que le valió la benevolencia de la realeza, siendo honrado por Felipe II y Felipe III, que le protegieron abiertamente, lo que también le granjeó el rencor de algunos de sus colegas de la Audiencia de Valencia.

La significación de la *Visita* de Cerdán ha sido perfilada en la historiografía como una de las descripciones del régimen penitenciario español más completa del siglo XVI, y probablemente la primera que ha llegado hasta nosotros gracias a la experiencia y al conocimiento adquiridos de primera mano por su autor, como práctico del derecho¹², fruto de la experiencia de visitar cárceles durante 12 años, de asesorar a reclusos, de inspeccionar servicios y de observar necesidades y deficiencias. En ella se exponen las líneas maestras del sistema carcelario «civil», no inquisitorial, y del desarrollo de la convivencia que bajo él se desenvolvía, en la Edad Moderna.

II. VIDA Y OBRA DE TOMÁS CERDÁN DE TALLADA (1533-1614)

Tomás Cerdán de Tallada, jurista, político y poeta, nació en la ciudad de Játiva (Valencia) en 1533¹³, en el seno de una familia de alta alcurnia de la que poco es lo que se sabe¹⁴. Estudió las primeras letras en su ciudad natal, iniciándose en el latín de la mano de su padre. Se trasladó a Valencia, en cuyos Estudios Generales cursó Artes, Filosofía, Teología y Leyes instruyéndose también en las materias para el ejercicio del gobierno de la Monarquía. Terminados con éxito sus estudios jurídicos, extendió el radio de su erudición al conocimiento de las sagradas escrituras, sobre las que adquirió pleno dominio obteniendo el título de doctor en derecho canónico. Aunque había iniciado su vida profesio-

¹² Únicamente conoció Cerdán la obra de Bernardino Sandoval *Tratado del cuidado que se debe tener con los presos...* *Cit. Supra.*, a pesar de no tener con él trato personal.

¹³ Algunos autores datan en mayo de 1532 el nacimiento de Tomás Cerdán de Tallada pero en este punto seguimos a la mayoría y, específicamente a GANDOULPHE, P.: «*Visita de la cárcel y de los presos* du docteur Tomás Cerdán de Tallada. Essai d'interprétations», en *Les Cahiers de l'Ilce*, núm. 2-2000 (*Enfermement et captivité dans le monde hispanique*), Institut des langues et cultures de L'Europe, Grenoble, 2000, pp. 13-38, de donde han sido extraídos y resumidos los datos relativos a la trayectoria personal y profesional de nuestro jurista. Las referencias que aquí se exponen aparecen debidamente documentadas en dicho trabajo, al cual remitimos para cualquier eventual ampliación de los mencionados aspectos. Puede asimismo consultarse, pese a su desigual valor respecto al anterior trabajo, RICO DE ESTASEN, J.: «Cerdán de Tallada. Un hombre sensible del siglo XVI», en *Anales de Centro de Cultura Valenciana*. Segunda Época, año XVII (Valencia, Mayo-Diciembre, 1956), núm. 38, pp. 207-220. También GRAULLERA SANZ, Vicente, *Juristas valencianos del siglo XVII*. Ed. Biblioteca Valenciana, Valencia, 2003.

¹⁴ Fueron sus padres mosén Guillén Cerdán, oficial del Arzobispo de Játiva y Violante Tallada, hija de un caballero principal y antiguo miembro de la nobleza de aquella ciudad.

nal en 1559, fue en 1566, en que contaba con 33 años de edad, cuando salió del anonimato como consecuencia de haber aceptado el encargo del caballero valenciano Gaspar Joan (hermano de Honorato Joan, el obispo de Osma, preceptor del príncipe Don Carlos) de la defensa de sus intereses en un recurso ¹⁵ que había incoado ante el Consejo de Aragón por una sentencia que la Audiencia de Valencia había pronunciado contra él ¹⁶. La amistad que el jurista valenciano entabló con el mencionado obispo cuando acudió a la Corte de Madrid para la misión antedicha, fue la circunstancia que le permitió conocer personalmente a Felipe II ¹⁷ quien, a través de su Consejo, revocó la sentencia de la Audiencia de Valencia dictada contra Gaspar Joan ¹⁸, y tomó a Cerdán por consejero, iniciándose entre ambos una relación que duró durante toda la vida del monarca.

De regreso a Valencia Cerdán de Tallada contrajo matrimonio ¹⁹ con Doña Jerónima Sancho de Antist, de cuya unión nacerían cinco hijos y una hija ²⁰. En 1568 fue nombrado por Felipe II *abogado de pobres y miserables de la ciudad de Valencia* ²¹, cargo que desempeñaría durante 13 años, de manera

¹⁵ De hecho, la primera obra escrita de Cerdán fue un pequeño opúsculo que se enmarca en el contexto de este encargo, que fue editado en Valencia en 1564 con el título de *Allegationes juris in favores Pauli Joanes Fontes*.

¹⁶ El mismo Cerdán en el prólogo de su libro *Veriloquium en reglas de Estado según derecho divino natural canónico y civil y leyes de Castiella*, Valencia, 1604, cuenta los pormenores de su trayectoria profesional.

¹⁷ A quien pudo informar del motivo de su viaje a Madrid y de la justa razón que asistía a su cliente.

¹⁸ El pleito de Gaspar Joan dio a Cerdán el crédito y el prestigio profesional inherentes a todo éxito resonante ante una instancia superior, aumentando la esfera de su clientela y su renombre como letrado.

¹⁹ En su juventud, antes de abandonar su ciudad natal, Tomás Cerdán había trabado amistad con la joven mística Margarita Agulló, escritora principalísima con la que no llegó a contraer matrimonio por que hizo votos de perpetua castidad e ingresó de monja de la Tercera Orden de San Francisco. Cfr.: RICO DE ESTASEN, J.: «Cerdán de Tallada. Un hombre sensible del siglo XVI», en *Anales...*, pp. 208-210.

²⁰ Los hijos de Cerdán de Tallada fueron Fadrique, Maximiliano (contador de la Diputación del General), Marcelo, Julio y Tomás (que fue caballero de la Orden Militar de Montesa). Todos fueron firmantes de un soneto que en, loor del padre y de la obra, acompaña a *La Visita de la cárcel y de los presos...*, pero Fadrique y Julio debieron morir entre la publicación de la primera y la segunda edición de esta obra, es decir, entre 1574 y 1604, año en el que Cerdán de Tallada, en su disposición testamentaria, sólo menciona a sus otros tres hijos. Tuvo también una hija llamada Presidis.

²¹ El abogado de pobres era el abogado que la ciudad sostenía para que se encargase gratuitamente de la defensa de las personas miserables que hubieran sido detenidas en las diversas cárceles y que por falta de recursos y olvido de sus familiares y amigos eran agraviados contra justicia y razón, prolongándose indefinidamente su detención en las cárceles. El abogado de pobres, también llamado procurador de los pobres o padre de los miserables, en Valencia, desde su establecimiento en el siglo XIV, era elegido cada año y juraba su cargo ante el Justicia y los Jurados de la ciudad. Al terminar su mandato los demás prohombres hacían inquisición sobre la rectitud de su proceder y la legalidad de sus actuaciones. Se trataba de una magistratura menor sólo apetecida por aquellos que tenían inclinación a ejercer obras de misericordia, o por quienes querían iniciar con ella su *cursus honorum*, como muy probablemente fue el caso de Cerdán. La aglomeración de causas de pobres en Valencia en el siglo XVI motivó la duplicación del número de magistrados y

simultánea con su actividad como abogado. El nombramiento venía acompañado de una retribución económica que triplicaba el salario que tenía asignado un titular de lo mismo, nombrado por el tribunal del justicia criminal de la ciudad de Valencia, y podía muy bien constituir una forma de señalar la entrada de Cerdán de Tallada al servicio del Rey. En cualquier caso, este ejercicio le llevó a efectuar visitas regulares a la prisión de Valencia y a encargarse de la defensa de los presos que no podían costear los gastos de su proceso. El 20 de febrero de 1581 Felipe II le nombró *abogado fiscal* del Real Consejo del reino de Valencia²², cargo con el que se iniciaría su *cursus honorum* como magistrado de la Real Audiencia de Valencia²³. En ese mismo año fue nombrado juez de Corte en el Real Consejo, simultaneando ambas funciones. Un año después, en 1582, Cerdán comenzó a ser objeto de numerosas denuncias que cuestionaban la rectitud de su práctica profesional, hasta el punto de que Don Francisco de Moncada, marqués de Aytona, por entonces virrey de Valencia, le hizo arrestar, emplazándole para una residencia en su domicilio. El asunto trascendió rápidamente al Consejo Supremo de Aragón y luego al Rey que, desde Lisboa, recomendó al Virrey conducirse con la mayor prudencia, llegando a reprenderle por haber actuado con tal precipitación.

Ciertamente, el arresto de un magistrado de la Audiencia daba una deplorable imagen de la justicia real, y la política de Felipe II, ante una situación así, era hacer los menos cambios posibles aunque, al mismo tiempo, se propuso erradicar de la Audiencia y del propio Virrey la instrucción de la causa contra Cerdán de Tallada, pasando a encargarse de ella al doctor Simón Gil Roda, canónigo de la catedral de Valencia y canceller (juez eclesiástico cuya misión era regular los conflictos entre las jurisdicciones real y eclesiástica). Esta decisión se explicaba, en parte, por la voluntad de evitar que un miembro de la Audiencia fuera juzgado por sus pares, pero tales precauciones, también dejaban entender que en el entorno del Rey se dudaba de la imparcialidad de los magistrados de la Audiencia valenciana y del propio Virrey. Éste último, igno-

el desdoblamiento de sus funciones en las competencias de varios oficiales. Sobre la figura del procurador de los miserables nos remitimos al trabajo de CARRERAS CALATAYUD, F.: «El procurador de los miserables. Notes para la sua historia», en *Anales del Centro de Cultura Valenciana*, año IV, núm. 8 (enero-abril de 1931).

²² CANET APARISI, T.: *La Magistratura Valenciana (siglos XVI-XVII)*, Valencia, 1990, en la p. 161 registra los cargos que desempeñó Tomás Cerdán de Tallada, dentro y fuera de la Real Audiencia de Valencia. El cargo de *abogado fiscal* constituía por entonces el punto de partida del *cursus honorum* de los magistrados de la Audiencia de Valencia. Era, en si mismo, una pieza clave de la administración territorial puesto que representaba en ella los intereses del rey. Tenía como funciones principales desde 1560 participar en la decisión de las sentencias de las causas criminales, junto con los jueces de corte y el Regente de la Chancillería; dirigir la acusación, tanto en los asuntos criminales que perturbaban la paz civil, como en los que las prerrogativas reales habían sido lesionadas, especialmente en los conflictos de jurisdicción que enfrentaban al monarca con los señores, *Id. Ibid.*, pp. 81-88.

²³ El organigrama completo de la Audiencia de Valencia como órgano colegiado y la remodelación estructural y jurisdiccional que experimentó durante el reinado de Felipe II es aras a su fortalecimiento como órgano de gobierno de la Monarquía, en CANET APARISI, T.: *La Magistratura...*, pp. 15-17 y 24-26.

rando las órdenes de Felipe II, acordó con el doctor Jerónimo Pascual, Regente de la Audiencia, nombrar a Francisco Auxina como *abogado fiscal* en el proceso contra Cerdán. Unos meses más tarde el Rey, contraviniendo al marqués de Aytona y al Regente Pascual, ordenó sacar a Auxina del proceso y sustituirle por micer José Pérez de Bañatos quien, casualmente, ejercía las funciones de abogado de los pobres y miserables desde el nombramiento de Cerdán para su nuevo puesto. La benevolencia que el Rey manifestaba hacia la figura de su *abogado fiscal* se deducía de la orden que dio de no suspenderle el salario durante todo el proceso, pues en la Corte se conjeturaba que Cerdán había sido víctima de un conflicto que enfrentaba entre sí a varios magistrados de la Audiencia valenciana.

Ninguna de las once causas de acusación que fueron dirigidas contra él era de extrema gravedad (vender un permiso de armas al vasallo morisco de un amigo suyo; quedarse con la cantidad de 20 libras que los magistrados habían recolectado con ocasión del aniversario de la muerte de la Reina; haber publicado, en 1581, su obra *Verdadero gobierno desta Monarchía, tomado por su propio sujeto la conservación de la paz...*, sin licencia de la Audiencia y del Virrey, contentándose con la licencia de las autoridades eclesiásticas... y poco más). La acusación más importante que se le hacía era que había sobornado al secretario particular del marqués de Aytona, a fin de que le diera a conocer el contenido de ciertos correos que le enviaban desde la Corte. En definitiva, se trataba de hechos de escasa importancia en una época en que la frontera entre los intereses privados de un oficial y los del cargo que desempeñaba, no estaba bien definida, y en que los oficiales reales participaban de una visión patrimonial del ejercicio del poder.

En su defensa Cerdán argumentó, en primer lugar, que en el seno de la magistratura valenciana estaba aislado y solo contra todos. A continuación se ocupó de micer Auxina al que presentó como un fiel del duque del Infantado, para quien había trabajado obteniendo sustanciales beneficios y estando, por ello, obligado hacia él. Cerdán acababa de instruir una información para un asunto criminal contra el Duque que había sido rebatida en todo momento por micer Auxina y por el resto de los procuradores fiscales, deseosos de proteger al aristócrata ²⁴.

Al no poder en ningún caso ser atestiguada su culpabilidad en los cargos que se le imputaban, el doctor Cerdán de Tallada consiguió quedar libre de toda sospecha y, dos años más tarde, en 1584, obtuvo una sentencia favorable, en la que se hacía constar que se le había perseguido injustamente. Al mismo tiempo, el Rey instaba al Virrey a acelerar la feliz conclusión del proceso, ordenándole el restablecimiento de Tomás Cerdán en sus funciones ²⁵. Con todo, la carrera singular de nuestro magistrado continuó de la misma manera que había

²⁴ El hecho de que el Virrey y el Regente nombraran a Auxina para instruir el proceso era para Cerdán la mejor prueba de la enemistad que ambos le profesaban.

²⁵ RICO ESTASEN, J.: *Art. cit.*, p. 218, afirma que el asunto se llevó a las Cortes de Monzón de 1585, uno de cuyos acuerdos fue el de reintegrar al autor de la *Visita...* al libre desempeño de su función.

comenzado, constantemente expuesta a la hostilidad de la mayoría de los oficiales valencianos y contando con una especial protección del Rey que nunca le faltó, sin que por el momento sean conocidas sus causas concretas.

En 1586 Tomás Cerdán ascendió un escalón más en la escala judicial, al ser nombrado (el 6 de agosto) *juez de Corte*, es decir, *oidor de causas criminales* en la Real Audiencia valenciana ²⁶. Dos años más tarde, fue de nuevo objeto de diversas quejas y denuncias, y antes de haber recogido las informaciones al respecto se decidió en la Corte no interponer acción alguna contra Cerdán, quien en 1590 aún sería nombrado *oidor de causas civiles* ²⁷ ascendiendo con ello una etapa suplementaria en el *cursus* de la magistratura valenciana ²⁸.

Sería necesario esperar a las últimas semanas del reinado de Felipe II y a los cambios políticos que se produjeron con el advenimiento de su hijo y sucesor, Felipe III, para rastrear nuevas acusaciones contra Cerdán. En septiembre de 1598, el conde de Benavente, desplazado a Valencia para suceder al duque de Lerma como Virrey, escribía al Consejo Supremo de Aragón que venía de hacer arrestar a Cerdán y que le había señalado la residencia, ya que había entrado en conflicto con otros magistrados de la Audiencia y les había insultado. Éstos manifestaban, criticando los acaloramientos de Cerdán, que no respetaba la colegialidad en la toma de decisiones y que imponía por medios ilícitos su punto de vista sobre los procesos que instruía. En un principio el Consejo de Aragón, estimando suficiente la advertencia que el conde de Benavente había dirigido a Cerdán, se contentó con pedir más información, pero algunos meses más tarde se designaban dos magistrados para instruir un nuevo proceso contra el oidor de la sala civil y se decretaba, en los primeros meses de 1600 su suspensión del cargo. Y de la misma manera que 10 años atrás, Cerdán organizó su defensa comenzando por acusar a uno de los dos magistrados designados como instructores de su proceso, y al propio Regente de la Audiencia de Valencia, el doctor Jerónimo Núñez ²⁹.

Este segundo proceso resultó también favorable a Cerdán, puesto que todas las acusaciones dirigidas contra él resultaron de nuevo nulas. En 1602 le fue levantada la suspensión de sus funciones aunque dos años más tarde, en 1604, las abandonó voluntariamente para disfrutar un retiro con mantenimiento de salario, tras haber conseguido percibir los sueldos que había dejado de cobrar durante su arresto ³⁰. Vivió sus últimos años retirado en Cerdanet, la alquería de

²⁶ Los pormenores y la evolución de tal magistratura, en CANET APARISI, T.: *La Magistratura...*, pp. 62-66.

²⁷ *Id. Ibid.*, pp. 68-69.

²⁸ La fortuna parecía sonreírle por entonces, pues en 1596 pidió que el privilegio militar que el venía disfrutando a lo largo de su vida, derivado de su título universitario de doctor en derechos civil y canónico, se convirtiera en un privilegio transmisible a sus descendientes. A resultas de ello sus hijos (Maximiliano, Julio y Tomás) formaron parte del estamento militar. Ese mismo año obtuvo del tesoro real el pago de una renta anual de 300 ducados a añadir a sus emolumentos. *Cfr.*: GANDOULPHE, P.: *Art. cit.*, pp. 18-19.

²⁹ Los pormenores de tales acusaciones en GANDOULPHE, P.: *Art. cit.*, p. 20.

³⁰ La situación económica de Cerdán no debió de ser muy sólida, pues en mayo de 1598 suscribió, junto con su consorte, doña Jerónima Sancho, un censal de 425 sueldos anuales a favor

su propiedad, situada en las inmediaciones de la cruz de Mistala, en las afueras de Valencia³¹. Allí dictó su testamento el 28 de septiembre de 1614. Cuatro días después, el 1 de octubre, asistido de su piadoso amigo el arzobispo valenciano fray Isidoro Aliaga, miembro de la Orden de Predicadores, murió dejando algunos seguidores que se encargaron de difundir su obra³².

En la obra escrita de Cerdán de Tallada se distinguen claramente dos bloques principales, y otro subsidiario constituido por su obra poética. En su primera etapa elaboró escritos de carácter netamente jurídico, inspirados directamente en la práctica del derecho, mientras que en su etapa de madurez produjo principalmente, aunque no exclusivamente, obras jurídico-políticas³³.

En su conjunto, la obra de Cerdán, generalmente considerada por lo referente a los dos bloques principales que la conforman, según lo anteriormente señalado, y siguiendo un criterio cronológico de enumeración, se compone de los siguientes trabajos: *Comentaria super foro Declarant, qui testam. Facer. Poss. Et super foro, si algú morrá, Si secun. Nup. Mull* (1568)³⁴; *Visita de la cárcel y de los presos: en la cual se tratan largamente sus cosas* (1574)³⁵; *Verdadero gobierno desta Monarchía, tomado por su propio subjecto la conservación de la paz. Compuesto por el Doctor Tomás Cerdám de Tallada, natural de la ciudad de Xátiva del Reyno de Valencia, del Consejo de Su Majestad, y su abogado fiscal en el dicho reino* (1581)³⁶; *Veriloquium en reglas de Estado*

de don Onofre Ferré sobre la alquería del Molino, de su propiedad, que se extendía desde el límite del molino hasta el término de la Cruz de Mistala, Cfr.: FRANCO DE BLAS, F.: «Tomás Cerdán de Tallada», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año X (enero 1954), núm. 106, pp. 51-53.

³¹ Situada exactamente en el solar que hoy ocupa la Prisión Celular de Valencia, *Id. Ibid.*, p. 53.

³² RICO ESTASEN, J.: *Art. cit.*, p. 219. No obstante, GANDOULPHE, P.: *Art. cit.*, p. 20 indica que la última información de que se dispone sobre la vida de Cerdán corresponde al año 1616, cuando tenía 83 años en que le fue concedida una segunda renta de 200 libras a añadir a la de 400 libras que percibía desde 1596.

³³ Vid. MARZAL RODRÍGUEZ, P.: «Juristas valencianos en la Edad Moderna», en J. Alvarado (ed.) *Historia de la Literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, vol. I, p. 188.

³⁴ Obra escrita y editada en latín. La parte de estos fueros relativa al régimen económico matrimonial fue ampliamente analizada por SANTANA MOLINA, M., en *Las segundas nupcias y la reserva de bienes en los Furs de Valencia*, Alicante, 1992, y la que afecta a la materia hereditaria, por MARZAL RODRÍGUEZ, P., en *El Derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Valencia, 1998.

³⁵ Obra que alcanzó dos ediciones consecutivas. La primera de ellas en 1574 en Valencia, imprenta de Pedro Huete. La segunda edición fue realizada en 1604 también en Valencia en la imprenta de Juan Crisóstomo Garráz.

³⁶ Obra de filosofía política, sobre consejos de gobierno para los príncipes, editada en Valencia, y escrita cuando Cerdán tenía «(...) lección y experiencia de 24 años de abogado, con basto concurso de negocios (...). He venido a entender que la conservación de la ley y de al Monarchía consiste en la conservación de la paz, sin la cual no se puede conservar aún ni una casa particular por pocos moradores que haya en ella: que es la una de las cosas con la cual dije a V.M. que habían de tener particular cuenta los príncipes cristianos y porque una de las mas principales causas que impiden la paz, son los muchos pleitos y pretensiones que hay, y de cada día se aumentan en las Repúblicas cristianas, por los inconvenientes que dellos nacen, y de los que cabe a V.M. tan buena parte, por los muchos pleitos que hay en España, y en los otros reinos y señoríos de V.M.

según derecho divino natural canónico y civil y leyes de Castiella (1604)³⁷; *Repartimiento sumario de la jurisdicción de S.M. en el reino de Valencia*³⁸; *Lux in tenebris Lucet, Discurso en razón de abreviar pleitos, y que sean muchos menos, así en lo civil como en lo criminal, y que no se cometan tantos delitos* (1607)³⁹.

Aparte de éstas Cerdán fue autor de otra serie de obras de tipo literario. Fue un poeta de conocido renombre que en 1593 ingresó en la Academia de Nocturnos de Valencia, por lo que sus obras poéticas se encuentran en las Actas de dicha Academia, correspondientes a los años 1591-94, y algunas de ellas han sido publicadas en el *Cancionero de los Nocturnos* (Valencia, 1905-6)⁴⁰. La

y no hallamos que las leyes hayan proveido de remedios de remedios preservativos para atajar las causas que los producen sino de orden y de remedios para abreviarlos después de producidos. Movido con Christiano zelo (por lo que importa la prevención en todas las cosas) determiné escribir este libro de buen gobierno hurtando algunos ratos de mis ordinarias ocupaciones, tomando por su propio sujeto la conservación de la paz, como conocido remedio para la conservación de las cosas, en la cual (como está dicho) restriba el buen gobierno desta Monarchía: pasando por los medios necesarios para ello, y dedicarle a V.S.C.R.M. como Príncipe, que demás de ser el mayor de los Príncipes Cristianos y de quien ante todos depende la conservación y el aumento de nuestra religión Cristiana, en la cual consiste la conservación de todo el universo..., ha sido y es el verdadero conservador de la paz, en imitación del verdadero príncipe de ello (...). Esta obra ha sido señalada por el ilustre penalista DORADO MONTERO, P., como de más trascendencia que cualquiera otra de las de Cerdán a los efectos del derecho penal moderno por cuanto que promueve en ella la idea de la prevención como elemento indispensable del buen gobierno, capaz de evitar la ingente cantidad de pleitos que había en el Reino y que calificaba como una de las causas del des-gobierno, en *El Derecho protector de los criminales*, (Nueva edición muy aumentada y rehecha de los *Estudios de Derecho Penal*) tomo HI, Madrid, 1915, pp. 489-494.

³⁷ Obra dedicada a Felipe III, del mismo porte que la anterior, asimismo editada en Valencia en 1604, junto con la segunda impresión de *La Visita*, durante los años que desempeñó sus cargos de abogado fiscal, oidor criminal y civil de la Audiencia de Valencia.

³⁸ Se trata de un opúsculo, asimismo dedicado a Felipe III, sobre el que no se puede precisar la fecha de su primera edición. Contiene una descripción de las distintas jurisdicciones existentes en el reino de Valencia desde finales del siglo XVI. Existe una reimpresión de 1801.

³⁹ Memorial dedicado a Felipe III en razón de Estado, con los demás discursos y libros que tengo enviados a V.M. impresos y manuscritos, con las reales cartas de la Majestad católica que está en el cielo y que V.M. me ha mandado escribir, firmadas de su real mano (...) que muestran bien cuán aceptos fueron mis servicios y la opinión en que me han tenido y cuán enterados estaban del celo y del cuidado que siempre he tenido y tengo de servir a la dignidad real y la razón que hay para que V.M. se sirva hacerme la merced que mis servicios y las penalidades que pensando servir a V.M. sin enriquecer con los oficios como otros (...), en el que su autor reitera lo que ya había planteado años atrás en *Veriloquium en reglas de Estado...*, esto es, la necesidad de atajar el vicio de que haya tantos pleitos y se alarguen tanto (él los había conocido de 60 y 70 años de duración) por la existencia de demasiadas leyes que confluyen, refiriéndose al entrecruce que se produce entre el derecho local y el derecho real, concretamente entre las leyes del Rey y las del reino y de la ciudad de Valencia, que pese a la teórica sintonía y jerarquización que existe entre ellas, no siempre logran armonizarse. Cerdán considera al respecto que si hubiera un único principio jurídico al que se redujeran la gran cantidad de opiniones que comúnmente se alegan, se resolvería con mucha brevedad y se reducirían los elevados gastos del pleito.

⁴⁰ Sobre estos aspectos puede consultarse el trabajo de RAMÓN RODRIGUEZ-RODA, F. de Asís: «Un español culto del siglo XVI, Tomás Cerdán de Tallada: humanista, jurisperito, poeta, escritor» T/D inédita, presentada en la Universidad de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras en 1945.

última de sus obras, encuadrable en esta faceta y de fecha posterior, no determinada, vio la luz bajo el título *El ciudadano para sí, para su casa y para su república*⁴¹.

III. EL SISTEMA CARCELARIO EN EL SIGLO XVI. LA CÁRCEL DE VALENCIA

La institución de la cárcel presenta en el siglo XVI unas características relativamente similares a las contenidas en el derecho medieval⁴², que fueron en su día sintetizadas por J. L. de las Heras⁴³ destacando, primero, que en la Edad Moderna el derecho a encarcelar se consideraba un atributo exclusivo de la Corona (frente a los encarcelamientos privados) derivado de la regalía de administración de justicia real⁴⁴. Segundo, que a pesar del carácter utilitarista y productivista de la administración de justicia en la jurisdicción real (no así en la eclesiástica ni en la inquisitorial), la cárcel como pena presentó en esta etapa un carácter marginal y subsidiario⁴⁵ que, no obstante, podía constituir un instrumento preventivo (custodiando al acusado mientras se ponía a derecho) y coactivo para obligar al reo al cumplimiento de la pena⁴⁶. Tercero, que dentro de la jurisdicción real la construcción de las cárceles correspondía a la Corona⁴⁷, así como su administración, realizada mediante el nombramiento real de los alcaides, cargos proveídos, no obstante, muy frecuentemente por venta, siendo también objeto de arrendamiento por parte de sus concesionarios, lo que imprimía al funcionamiento ordinario de las cárceles un marcado carácter de venalidad y provecho particular en favor de los funcionarios que las gobernaban⁴⁸ apareciendo así uno de los principales vicios que aquejaban a la vida penitenciaria de la época, el soborno institucionalizado prácticamente a todos

⁴¹ Cfr.: RICO ESTASEN, J.: *Art. cit.*, p. 218.

⁴² Vid. LÓPEZ-AMO MARÍN, A.: «El derecho penal español de la Baja Edad Media», *Anuario de Historia del Derecho Español* núm. 26 (Madrid, 1956), pp. 337-367.

⁴³ Vid.: HERAS SANTOS, J. L. (de las): *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991, pp. 265-290.

⁴⁴ Sigue teniendo validez, aunque circunscrito a la legislación castellana, el trabajo de LASALA NAVARRO, G.: «La cárcel en Castilla durante la Edad Media», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año VII (noviembre 1851), núm. 80, pp. 61-67, y núm. 82 (diciembre 1951), pp. 69-76.

⁴⁵ Lo que resulta lógico en un sistema basado en el privilegio estamental y no en la igualdad de derechos entre los individuos.

⁴⁶ El carácter preventivo del encarcelamiento aparece más marcado en los reinos de la Corona de Aragón que en Castilla, donde la cárcel fue pena con más frecuencia, aunque fuera subsidiaria. En Valencia la prisión llegó a ser pena sustantiva en la misma línea la pecuniaria.

⁴⁷ La construcción de las cárceles era costeada por la Corona con cargo al dinero procedente de las penas de cámara y de las condenas o con gravámenes extraordinarios. En las ciudades importantes era el municipio quien financiaba la construcción de la cárcel.

⁴⁸ Y una dinámica específica que afectaba a todo el sistema carcelario, en el que los presos pobres quedaban al margen del juego de compra de favores a los funcionarios que habían de completar sus ingresos.

los niveles dentro de la prisión. Como cuarta característica se constata que no existían normas legales reguladoras del régimen interno de las cárceles, por lo que los jueces y los carceleros podían actuar impunemente de forma arbitraria e injusta. Asimismo hay que destacar que institucionalmente no se aseguraba al preso el sustento ni el alojamiento diarios, sino que él había de procurárselos a través de la caridad, en caso de no tener dinero para comprarlos. Finalmente, destaca como otra de las características esenciales de aquel sistema carcelario, su ineficacia, siendo muy frecuentes las fugas (dado el fluido contacto de los presos con el exterior y que éstos deambulaban por los patios durante el día, así como todo tipo de personas) y las libertades provisionales de que gozaban determinados presos que podían sobornar a los carceleros ⁴⁹.

El ingreso en la cárcel solía hacerse entonces mediante la conducción del acusado a ella, por el alguacil que hubiera efectuado el prendimiento ⁵⁰, siendo inscrito en un registro de entrada que estaba a cargo del escribano de la cárcel, quien procedía a asentar en él los datos de su filiación, señas personales y circunstancias en las que se hubiera producido la detención. Cumplimentadas estas formalidades se entregaba el preso a un portero cuya misión consistía en determinar en qué lugar debía acomodarse al recién llegado, dependiendo de la gravedad de las inculpaciones hechas contra el detenido, de su estatus social y, sobre todo, de la cantidad de dinero que diera a su introductor ⁵¹. Los presos nobles y acaudalados ⁵² quedaban instalados en los aposentos más confortables (a veces en la propia enfermería) casi siempre ubicados en la zona llamada

⁴⁹ A veces, cuando la paga compensaba el riesgo de perder el oficio el alcaide llegaba al extremo de poner en libertad a los detenidos, siempre que llegado el momento en que el juez visitara la cárcel se encontraran ya reintegrados en ella.

⁵⁰ Cfr.: GACTO FERNÁNDEZ, E.: «La vida en las cárceles españolas de la época de los Austrias», en *Historia 16*, Número Extra, octubre, 1978, pp. 14-46. Las fuentes principales en que se basa este trabajo son la *Relación de la cárcel de Sevilla* de Cristóbal de Chaves y el *Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús*, del padre Pedro de León. Ellas permitieron al autor trazar con toda autoridad lo que podrían considerarse las características generales de cualquier régimen carcelario «civil» en la Edad Moderna, que aquí se siguen de manera sintetizada. También proporciona datos de interés el trabajo de PETIT SECO, C., realizado sobre el análisis y la edición de la citada obra del padre Pedro de León *Compendio... «La cárcel de Sevilla»*, en *Archivo Hispalense* Segunda época, núm. 12, vol. IV (Sevilla, 1945), pp. 37-85.

⁵¹ Los nuevos presos constituían una fuente regular de ingresos con la que los veteranos contaban, y eran también el blanco hacia el que se proyectaba la muchedumbre de abogados, procuradores, escribanos y alguaciles en continua ebullición por toda la cárcel a la búsqueda de clientela y sobre cuyas actuaciones de justicia todas las fuentes coinciden en señalar su proverbial codicia y falta de diligencia. Aparte de las referidas gratificaciones de entrada resultaba imprescindible al detenido reservar dinero para satisfacer posteriores gabelas, para que el portero autorizara su salida del calabozo al patio, para conseguir un lugar aceptable en el dormitorio al que hubiera sido destinado, para tener derecho a instalar una cama, o para librarse de los grillos, cepo y cadenas. Los presos veteranos, con la connivencia de los porteros (que recibían la mitad de lo recaudado) enviaban sus emisarios a exigir a los nuevos el impuesto del aceite para las lámparas que alumbraban los dormitorios durante la noche, y para la limpieza de los mismos.

⁵² Sólo eran conducidos a la prisión en circunstancias extraordinarias, por contados y graves delitos, pues solían cumplir la pena en su propia casa, o en la del alguacil o alcalde a quien se encomendaba su vigilancia.

*puerta de oro*⁵³, pero los que no se encontraban en estos casos eran conducidos a una sección distinta, la *puerta de plata* más al fondo del edificio, situada antes que la llamada *puerta de cobre*⁵⁴. Para quienes habían cometido delitos más graves se reservaba la zona interior de la cárcel donde se observaba una dura disciplina sólo suavizada mediante dádivas capaces de aplacar el rigor del correspondiente portero⁵⁵, y en la que la mayor parte de los confinados quedaban asegurados con grilletes o cadenas.

Aparte, intervenían en la vida de la cárcel tres grupos de personajes. Uno, el formado por los funcionarios administrativos: alcalde, sota-alcalde o lugar-teniente de alcaide, y escribano de las entradas y salidas. Otro, el constituido por porteros, bastoneros y vigilantes nocturnos, que ayudaban a los anteriores y eran habitualmente seleccionados de entre los presos de confianza. Y, finalmente, el constituido por quienes desempeñaban tareas de caridad y beneficencia, asistencia religiosa y jurídica de los presos, tales como capellán, médico, boticario, y barbero; abogado y procurador de pobres, quienes solían ser nombrados por la ciudad.

La autoridad suprema de la cárcel era el alcaide⁵⁶ como funcionario responsabilizado en última instancia de cuanto acontecía entre los muros de su dominio y en cuyas manos venían a confluir las máximas atribuciones en materia disciplinaria dentro del recinto⁵⁷. A este oficio se accedía por nombramiento, por compra, o por arrendamiento⁵⁸, y antes de ejercer juraban guardar las

⁵³ Así denominada por los enormes beneficios que proporcionaba al portero que la tenía a su cargo.

⁵⁴ Llamada así por su más modesto rendimiento para el portero al que se entregaba la persona del recluso.

⁵⁵ Pese a la división en tres secciones de la cárcel de Sevilla, tal y como cuenta Chaves en su *Relación...*, en la práctica, la separación de hecho no existía en absoluto, pues durante el día, todas las puertas permanecían abiertas, la de la calle incluida, deambulando durante todo el día por la prisión, sin ningún control todo género de visitantes, entre ellos, las mujeres y amigas de los reclusos. Todas las cárceles de las ciudades importantes debían tener similares condiciones.

⁵⁶ La palabra alcaide se deriva de la voz árabe *alcaid*, utilizada para designar en la Edad Media al noble que tenía a su cargo un alcázar, castillo o fortaleza, en nombre del rey. Dado que en los castillos y fortalezas se recluía a veces a determinados culpables por ser lugares de máxima seguridad, con el tiempo se restringió el significado del término para aplicarlo al jefe de cada cárcel, *Cfr.* CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922, p. 156.

⁵⁷ En el reinado de Felipe II se regularon con criterio orgánico las obligaciones de los alcaides y demás dependientes de las cárceles, el régimen de éstas y los derechos de los presos. Se dispusieron ciertas normas de higiene, seguridad e iluminación para los establecimientos carcelarios y determinadas prohibiciones relativas al cobro de aranceles a los presos, que en lo relativo a las cárceles de Audiencias y Chancillerías ascendía para hijosdalgo, rufianes, etc. a 46 mrs. durmiendo en la cárcel y, no durmiendo en ella la mitad; pecheros 23 mrs. en el primer caso y la mitad en el segundo; a los presos pobres no se les había de cobrar nada, ni tampoco por dormir, si había camas... Nueva Recopilación, libro IV, Ley única, tít. XXVIII.

⁵⁸ J. L. DE LAS HERAS SANTOS aporta el interesante dato de que fue en 1569 cuando por vez primera la Corona vendió este tipo de cargo. A partir de ese momento el precio que adquirió tal venta superaba en general el de los regimientos, lo que resulta indicativo de que los beneficios que podía rendir su desempeño, más que cualquier otra cosa, lo que constituía el atractivo principal de tal oficio, *Ops. cit.*, p. 279 ss.

leyes y depositaban fianzas para asegurar el resarcimiento de la parte perjudicada, en caso de fuga del recluso. Como retribución contaba el alcaide con una asignación anual consignada sobre las penas de cámara y con los ingresos procedentes del encarcelaje que los presos pagaban al salir de la prisión en proporción a sus recursos (como quien paga una estancia transitoria que está a su propio cargo), y por el alquiler de camas y aposentos dentro del recinto carcelario. Además, todas las actividades retribuidas que se realizaban dentro de la cárcel –que eran numerosas– dejaban un porcentaje en sus manos, como señor que era de la prisión cuya protección podía lograrse fácilmente cuando se poseían bienes⁵⁹. El escaso rigor con que se ejercía la vigilancia de los establecimientos penitenciarios, las salidas de los presos autorizadas por el alcaide, el continuo entrar y salir de visitantes y el elevado número de reclusos repercutían en la escasa eficacia del control ejercido, que se reducía en realidad a encerrar cada noche a todos los detenidos en sus respectivos aposentos (sin que se pasara lista, ni se procediera a un recuento sumario) a que el alcaide echara la llave a la puerta principal de la prisión y distribuyera las guardias de vigilancia. Con tan exiguas precauciones, las evasiones eran frecuentes.

El alcaide podía estar asistido por un lugarteniente o sota-alcaide, su verdadero *alter ego*, que le sustituía en determinadas funciones que teóricamente le correspondían, como conducir a los presos recién ingresados a presencia de los jueces que pasaban la visita, cerrar la puerta de la cárcel a las diez de la noche, distribuir las guardias, efectuar las rondas nocturnas y mantener una cierta disciplina en el interior del penal⁶⁰. Por debajo de los anteriores quedaba la actuación de porteros y bastoneros, que desempeñaban tareas de vigilancia y castigo a los presos en nombre del sota-alcaide, o directamente del alcaide⁶¹ y que, asimismo, solían ser elegidos entre los presos de confianza.

En las cárceles en que existía numerosa población reclusa había una enfermería que solía contar, con su propia dotación de servicios, de un portero, un bastonero y varios enfermeros, elegidos todos ellos de entre los presos. Además había un barbero, funcionario municipal, con residencia permanente en la enfermería de la cárcel, y médicos y cirujanos que pasaban visita diaria⁶².

⁵⁹ La razón última de este comportamiento era que siendo los oficios de la administración carcelaria venales y haberlos adquirido sus titulares por alto precio, se veían abocados a resarcirse y sacarles el máximo provecho.

⁶⁰ Era frecuente que este oficio, como el de portero, los arrendara el alcaide a los presos de confianza.

⁶¹ La proliferación de actividades claramente delictivas dentro de la cárcel, como la blasfemia o el juego, hacía imprescindible el ejercicio de la función sancionadora como único medio de conservar un mínimo de disciplina en el recinto carcelario. Las infracciones cometidas con mayor frecuencia dentro de la prisión, aparte de los homicidios y lesiones, eran la blasfemia, el juego desordenado, el hurto, el robo, las tentativas de fuga y la práctica de la homosexualidad. La pena más extendida en este ámbito era la de los azotes, llegando en los casos más graves, y mediando intervención judicial, hasta las galeras o el mismo patíbulo.

⁶² Los usuarios habituales de la enfermería eran el preso que salía de una sesión de tormento (que se administraba como trámite judicial al que en ocasiones era sometido el acusado durante la sustanciación del proceso) y los autolastimados y autoinfectados que se provocaban lesiones y enfermedades.

Estas cárceles solían también contar con un capellán que asistía espiritualmente a los presos.

El número habitual de presos en las principales cárceles era elevado el siglo XVI⁶³ encontrándose la mayor parte de ellos en régimen de prisión preventiva, a la espera de que se tramitasen sus correspondientes causas. Solían ser criminales enfermos o de constitución física débil, perturbados mentales, presos políticos, o deudores insolventes. El destierro, los azotes, las galeras y la horca eran las penas aplicadas con mayor frecuencia, quedando un número muy reducido de delincuentes cumpliendo en la cárcel condena de privación de libertad, casi exclusivamente, los quebrados y deudores insolventes, que permanecían retenidos en tanto no pagaran sus deudas o llegaran a un acuerdo con sus acreedores. El tratamiento que los presos recibían se basaba en la prohibición de su explotación, a la separación entre presos y presas, a que se les distribuyesen con exactitud las limosnas, a que se les facilitara cama, mediante el pago de un arancel, si no eran pobres.

Dado que existían diferentes jurisdicciones, existían también en los siglos XVI y XVII diversos tipos de cárceles: la Cárcel real, la de la Audiencia, la de Hermandad, la Arzobispal, la del Santo Oficio y la de Contratación, en Sevilla. En el interior de todas ellas se reproducía el orden estamental que regía en la sociedad, de manera que la vida carcelaria de los presos pobres discurría en el mayor desamparo, al no poder recurrir a ningún arbitrio para ganar su ración diaria. Se trataba por lo general de inválidos, ancianos, mendigos o, simplemente, personas sin recursos que fuera de la cárcel se sustentaban de la caridad pública y, dado que el sistema penitenciario de la época no preveía como servicio público la manutención de los detenidos y éstos debían pagar la comida de sus bolsillos, para ellos la vida en la cárcel resultaba particularmente penosa⁶⁴, promovándose en la mayor parte de las ciudades importantes la constitución de asociaciones pías encaminadas a aliviar la situación de los presos pobres⁶⁵. Además de tales contribuciones privadas, las cárceles tenían su propio patrimonio, parte de cuyas rentas se aplicaban a la manutención de presos pobres.

Semanalmente, el asistente de la ciudad con su teniente, oidores y alcaldes de justicia, efectuaba la visita a la cárcel⁶⁶ para escuchar y decidir sobre los

⁶³ Véanse las respuestas de las ciudades castellanas a Felipe II sobre la información pedida por él en diciembre de 1572 acerca del número de presos con que cuentan, la situación penal en que se encuentran y delitos cometidos, para saber los presos que había en sus cárceles condenados al servicio de galeras, en Archivo General de Simancas. Diversos de Castilla, Leg. 28, f. 1, documento analizado por FERNÁNDEZ VARGAS, V.: *Art. cit.* p. 634.

⁶⁴ Dado que existían diferentes jurisdicciones, existían también en los siglos XVI y XVII diferentes tipos de cárceles: la Cárcel real, la de la Audiencia, la de Hermandad, la Arzobispal, la del Santo Oficio, la de Contratación, en Sevilla.

⁶⁵ Véase SALILLAS, R.: «Las asociaciones de patronato de presos en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 77, Madrid, 1890, pp. 378-391.

⁶⁶ Las visitas de las cárceles fueron establecidas por los Reyes Católicos en 1480 «para entender y ver los procesos de los presos [...] y para que se informen del tratamiento que se les da...», *Novísima Recopilación*, Ley I, tít. XXXIX.

cargos que se imputaban a los recién ingresados ⁶⁷. En este acto, a tenor de las inculpaciones y los descargos que el acusado alegara, se decidía su puesta en libertad o la apertura de un proceso y su permanencia en la prisión hasta que aquél se sustanciara. Para atender a los retenidos cuya causa se hallaba en trámite, también cada semana, las mismas autoridades visitaban el penal, concediendo audiencia periódicamente a estos presos antiguos, con el fin de recibir sus quejas, decidir sobre la procedencia de determinadas diligencias y evitar que el procedimiento se alargase excesivamente. Esta entrevista con los jueces no solía despertar demasiadas esperanzas entre aquellos reos cuyos delitos excluyeran de raíz la posibilidad de que fuera decretada una liberación inmediata, y, por ello, la actitud de éstos era de clara beligerancia y rebeldía. Opuesta era la conducta de quienes por no ser delincuentes profesionales, o por no estar sus delitos demasiado evidentes, conservaban aún la ilusión de salir bien librados de la audiencia.

Conducidos por el sota-alcalde y flanqueados por los bastoneros, comparecían los acusados ante sus jueces, a quienes acompañaba el alcalde. Normalmente se ordenaba la prisión del reo y la incoación de un proceso en el curso del cual pudiera dilucidarse su inocencia o culpabilidad. La actitud de los jueces visitantes distaba mucho de ser clemente ni imparcial, aunque a veces podía ablandarse con dinero, siendo la suya una institución claramente aquejada por la venalidad, al igual que los procuradores y escribanos. La evidente inocencia del preso, o el cohecho, podían mover al juez a decretar la libertad del detenido, lo que rara vez ocurría en la primera visita. Cuando esto era así, aún le faltaba al reo para salir pagar el carcelaje, cuyo importe suponía, como ya se ha indicado, una considerable fuente de ingresos para el alcaide, que compartía con el escribano de los registros de entradas y salidas. Teóricamente era ilegal retener a los presos una vez ordenado su libramiento, pero en la práctica no resultaba fácil verse fuera de la cárcel sin antes satisfacer todas las costas que sumaban, los honorarios de escribanos, alguaciles, procuradores, etc., el importe del carcelaje, etc., por lo que muchos presos sufrían un verdadero saqueo en el umbral de su libertad, teniendo algunos que dejar incluso sus vestidos, por míseros que fueran. En caso de confirmación de la sentencia, el reo pasaba sus últimos días en la enfermería, donde los consuelos espirituales del capellán se alternaban con las visitas que recibía. El acto de la ejecución de la pena capital, cuando esta había de ser aplicada, no estaba exento de cierta teatralidad ejemplarizante.

Cuando Cerdán de Tallada inició, en 1568, su contacto con los presos como abogado de pobres y miserables de la cárcel real de Valencia, ésta se hallaba, desde su establecimiento, en los bajos del Consistorio que desapareció, a su vez, en un incendio acaecido en 1586, efectuándose entonces el trasla-

⁶⁷ La figura del juez de visita en las cárceles, formulada ya en el Código Teodosiano, representa un claro antecedente consolidado en la doctrina española por obra de Cerdán de Tallada, entre otros, del actual juez de vigilancia. Cfr.: MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «El juez de vigilancia», en *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Ponencias de las jornadas de Derecho penitenciario celebradas en Alcalá de Henares, 1985, pp. 175-206.

do de aquélla a las famosas Torres de Serranos, junto a la muralla, en la orilla del Turia, habilitadas provisionalmente como centro penitenciario, aunque tal provisionalidad duraría hasta el final del siglo XIX⁶⁸, manteniéndose la prisión entre los siglos XVI y XVII en un estado de abandono total. Comprobó Cerdán en sus visitas que esta prisión, carecía de régimen interno que diera forma legal a la actividad que allí se desarrollaba, constituía un hervidero de miserias *albergue de fieras más bien que de seres humanos* y que constituía un establecimiento en el que imperaba el relajamiento moral, el vicio, el abuso, la rebelión, el juego, la blasfemia, el crimen y la total falta de consideración a los valores eternos de que son portadores los hombres como criaturas de Dios. En ella los individuos se veían obligados a vivir en la estrechez, la inmundicia y el hacinamiento que el propio Estado les imponía. En el interior de la cárcel la luz penetraba a través de estrechas mirillas y espesas claraboyas... defendidas por tres series de gruesos barrotes. Sumidos en estos encierros inhumanos y lóbregos los encarcelados, que habían de pagar su manutención⁶⁹, permanecían como enterrados en vida, sin posible defensa y sin apenas contacto con el mundo exterior, sufriendo el agravio y el ultraje de los compañeros de reclusión que alimentaban intenciones perversas. Si muchos de aquellos calabozos por su humedad y lóbreguez semejaban sepulcros, a todos aventajaba el denominado «el cubo», verdadero modelo de mazmorra medieval, emplazado en el piso bajo de la torre de la derecha de la prisión, por cuyas tres rejas construidas con gruesos barrotes apenas penetraban el aire y la luz. Hundidos en semejante lugar, los reclusos parecían sombras, aguardando con ansiedad la ira de un verdugo que los librase de semejante miseria⁷⁰.

En definitiva, Cerdán se enfrentaba al análisis de una institución regulada genéricamente, tanto en las Partidas⁷¹ como en el derecho valenciano⁷², cuya crueldad consideraba equiparable a la de los baños de Argel, y para cuya construcción

*[...] parece que se han seguido los designios de Tito Livio y Platón, quienes pensaban que conviene que en la ciudad haya en lugar público cárceles temerosas para espantar a los hombres malos y delincuentes, aunque en realidad habría de ser lo contrario*⁷³.

⁶⁸ Sobre la historia de este establecimiento, Vid. SALILLAS, R.: *La vida penal en España*, Madrid, 1888, pp. 350-358.

⁶⁹ CERDÁN DE TALLADA, T.: *Visita de la Cárcel y de los presos, en la cual se tratan largamente sus cosas, y casos de prisión, así en causas civiles como criminales; según el Derecho Divino, Natural, Canónico, Civil y Leyes de Partida y Fueros de los reinos de Aragón y de Valencia. Compuesta por el Doctor Thomás Cerdán de Tallada, abogado de presos, natural de la ciudad de Xativa del dicho reino de Valencia*, Valencia, 1574, cap. IX. Esta edición, contenida en el Impreso de la Biblioteca Nacional R/745, que sirve de base para el presente trabajo, en adelante será citada *Visita...*

⁷⁰ RICO ESTASEN, J.: *Art. cit.*, pp. 211 y 212.

⁷¹ Partida VII, tít. XXIX.

⁷² *Visita...* cap. II.

⁷³ *Visita...* cap. V.

IV. EL CONTENIDO DE LA VISITA DE LA CÁRCEL, Y DE LOS PRESOS: EN LA CUAL SE TRATAN LARGAMENTE SUS COSAS, Y CASOS DE PRISIÓN, ASÍ EN CAUSAS CIVILES, COMO CRIMINALES; SEGÚN EL DERECHO DIVINO, NATURAL, CANÓNICO, CIVIL Y LEYES DE PARTIDA, Y FUEROS DE LOS REYNOS DE ARAGÓN, Y DE VALENCIA. COMPUESTA POR EL DOCTOR THOMÁS CERDÁN DE TALLADA, ABOGADO DE PRESOS, NATURAL DE LA CIUDAD DE XATIVA DEL DICHO REYNO DE VALENCIA

Dos fueron las ediciones de *La Visita...*, que se hicieron en vida de Cerdán. La primera de ellas, de 1574, en la que se basa el presente estudio ⁷⁴, fue realizada en Valencia en la imprenta de Pedro Huete, y consta de 16 capítulos. Treinta años más tarde, en 1604, ante la gran difusión que alcanzó la primera, fue realizada una segunda impresión de *La Visita...*, que vio la luz en esta ocasión en edición conjunta con el *Veriloquium en reglas de Estado...*, en ella el autor, respetando en su totalidad el contenido de la primera, se limitó a añadir tres nuevos capítulos ⁷⁵. Posteriormente, la obra fue publicada una tercera vez en Alcalá de Henares en 1946 ⁷⁶.

IV.1. ASPECTOS FORMALES: ESTRUCTURA Y CONTENIDO

Tras el título inicial, *La Visita...* aparece dirigida al Rey Felipe II ⁷⁷, siguiendo su *Presentación* por parte del Capitán general del Reyno de Valencia, don Íñigo López de Mendoza, marqués de Mondéjar, que contiene la *Real licencia* y privilegio de impresión expedida por él mismo, mediante la cual se otorga al autor y a sus hijos la facultad y pleno poder para imprimir y vender la obra, en consideración a los servicios realizados por el autor en los años que

⁷⁴ La elección de la primera edición de la obra (contenida en el Impreso R/745 de la BNE) responde al interés de subrayar su carácter precursor como tratado de ciencia penal, penitenciaria y su alta significación dentro de la escasa historiografía con que este campo jurídico contaba en el siglo XVI.

⁷⁵ El primero de los capítulos que en ella se adicionan sin modificar en nada la sustancialidad contiene 85 privilegios que tienen los pobres; el segundo, las incomodidades grandes que padecen los pobres, y el tercero qué personas pueden gozar, por su asimilación, de los privilegios de los pobres.

⁷⁶ Tal edición, de muy escasa difusión, fue preparada por la *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* en formato encuadernable, apareciendo su primer fragmento en el número 10 (enero de 1946) y los sucesivos en números correlativos, hasta el número 27 (junio de 1947), en que se incluye el último. Agradezco al Profesor D. Francisco Bueno Arcís la localización de dicha edición.

⁷⁷ Se incluyen dos elementos gráficos. Uno, el Escudo Real, que aparece ya descargado de ornamentos externos, mostrando la corona real abierta de cuatro flores, tres de ellas vistas, manteniendo el toisón, aunque sin incluir el reino de Portugal. Otro, una alegoría del Redentor, a la que acompaña la leyenda *Bajando del cielo visitó a su pueblo, sacando a los cautivos de las profundidades*.

fue abogado de los pobres que están presos por esta Real Audiencia y por otros tribunales de esta ciudad.

[...] Conociendo, por relación de micer Simón Frigola, consejero de S. M., a quien hemos mandado examinar dicha obra, que es muy laboriosa y de gran doctrina y que conviene al beneficio y utilidad pública.

A esto sigue la *Presentación del autor en forma de epístola*, en la que explica la importancia que para los Príncipes cristianos tiene, para la conservación de la paz de sus reinos, la buena administración de justicia que, a su vez, se fundamenta en dos principios básicos: dar a cada uno lo que es suyo, y castigar a los malhechores por sus delitos. Pero, para Cerdán, la utilidad que reporta el castigo no se puede dar sin preceder culpa, y para llegar a entender si la hay, es necesario el conocimiento de la causa.

*[...] lo cual no se puede hacer bien si la persona delincuente no está en seguro*⁷⁸.

El *Prólogo del autor al lector* constituye un ensayo literario de considerable mérito en el que se expone básicamente el motivo de la obra y la finalidad que la inspira. Cerdán comienza por definir cómo entiende que debe ser la Justicia *que habrá de ser sólida y firme, sin que reciba variedad alguna*, lamentándose de la universalizada práctica del arbitrio judicial que viene a desvirtuar, de hecho, su administración. Señala la necesidad de modificar tal situación, y para ello:

[...] convida a regular este inconsiderado arbitrio en cuanto se pudiera hacer a términos de derecho y de razón escrita.

A esto siguen dos *Sonetos*. Uno de un amigo del autor, y otro de sus hijos Fadrique, Maximiliano, Marcelo, Julio y Tomás Cerdán de Tallada, en loor del padre y de la obra.

A continuación aparece una *Epístola del autor a los presos*, en la que Cerdán sienta las bases de un régimen penitenciario desconocido hasta entonces, libre de corruptelas y vicios, sujeto a una clasificación normal y a unos fundamentos científicos acordes con la naturaleza de los encarcelados, a quienes comienza por hacer una presentación del contenido de la obra:

[...] para que se consiga la corrección pública, para que el delincuente se reforme y para que los predisuestos a delinquir se amedrenten y aprendan en cabeza ajena.

⁷⁸ A esto sigue: *Aprobación* de la obra por parte del fiscal de la Cárcel de Corte del muy magnífico señor licenciado Hernando de Saavedra, hecha el 10 de agosto de 1574, quien tras ver la obra por mandato de S. M., asegura que se trata de *obra muy provechosa y de buena doctrina, digan de que se imprima y comunique a todos, porque se aprovechen del trabajo del autor; dos permisos consecutivos de impresión y venta*, dados por el Rey; *Licencia* del ilustrísimo y reverendísimo Patriarca de Arzobispo de Valencia y del Consejo de S. M., don Juan Rivera, y la aprobación del muy reverendo maestro Pedro Monzón, Doctor y catedrático en Teología de la Universidad de Valencia.

Justificando su argumentación en:

[...] que siendo cosa tan conveniente y tan propia ayudar al hombre, y hacerle bien, debe procurar cada cual aprovecharle y ayudarle siempre y cuando entendiere que tiene necesidad de su amparo, y ayuda, señaladamente, a hombres necesitados y pobres, entre los cuales no hay ninguno que más lo sea que el triste miserable preso encarcelado, por estar en lugar que no puede por sí mismo tratar sus negocios y por no tener quien se acuerde de él, ni quien defienda su justicia.

Y explicando que su conocimiento de la realidad carcelaria le ha movido a escribir este libro:

[...] en vuestro beneficio, pero habéis de atender que esto no ha de ser que para los que mereciédes no seáis castigados por vuestros excesos, porque [...] cumple mucho a la república que los delinquentes sean castigados [...]. Y así [...], vista la necesidad que padecéis los presos y la grande falta que muchas veces tenéis de consejo, del tiempo que como abogado de presos he tratado de vuestros negocios, y que tenéis mucha falta de reales para pagar al abogado y procurador [...] me ha parecido valeros y ayudaros con esta obrecilla para vuestro descanso y consolación, con brevedad y con ninguna costa podáis ver la determinación de justicia en los casos que a cada uno, según la diversidad de los sucesos, se os ofrezca, y para que os aproveche, valga ahora y en lo venidero.

Sigue la *Tabla de los 16 capítulos* a continuación de los cuales se inserta un muy extenso índice alfabético en latín.

Capítulo primero. *Si la cárcel consiste en justicia, o en sola opinión de hombres.*

Capítulo segundo. *La cárcel, por quien fue instituida, o por qué ley o derecho fundada.*

Capítulo tercero. *Qué cosa sea cárcel.*

Capítulo cuarto. *Cuántas especies hay de cárcel.*

Capítulo quinto. *De la construcción y forma que ha de tener la cárcel, y del orden y concierto que en ella ha de haber.*

Capítulo sexto. *Qué personas ha de haber para la guarda de los presos y para defenderles sus causas y justicia.*

Capítulo séptimo. *De la obligación que tienen los jueces de visitar las cárceles, y de lo que en ellas han de hacer.*

Capítulo octavo. *De la visita que han de hacer las Chancillerías cada una semana para tratar de la libranza de los presos, y de los casos de prisión en causas civiles.*

Capítulo noveno. *De los casos de prisión que se hallan por fuera del reino de Valencia de Aragón.*

Capítulo décimo. *De algunos casos que resultan de lo que está notado en los dos precedentes capítulos.*

Capítulo undécimo. *Si el que fuere injustamente encarcelado puede ser por otra causa justa que nuevamente pareciese, detenido, y por qué causas puede ser injusta la captura*

Capítulo duodécimo. *Si el encarcelado injustamente por deudas, o por delito, después de proveído, que sea librado por el primer caso, puede ser detenido por otra causa.*

Capítulo vigésimo tercero. *En qué casos el delincuente puede ser preso y detenido en la cárcel hasta sentencia y ejecución de ella, y en qué casos le deben sacar antes.*

Capítulo vigésimo cuarto. *De la libranza de los presos así en causas civiles como criminales.*

Capítulo vigésimo quinto. *Del carcelero y de la obligación que tiene, y de lo que ha de hacer acerca de la cárcel, y de los presos.*

Capítulo vigésimo sexto. *De lo que se ha de hacer de los cuerpos de los condenados a muerte.*

La obra se presenta escrita en romance castellano:

[...] como moneda más comúnmente recibida, para que el beneficio sea más comunicado [...], y porque con la comunicación de los doctos y de los que no lo fueren, con curiosidad y buen ingenio, se faciliten y sean las cosas de la cárcel y de los presos tan ciertas y sabidas, que sin dificultad alguna se entiendan, traten y provean, lo que será más fácil que si se escribiera en latín como suelen escribir comúnmente los doctores de la facultad⁷⁹.

Y con comentarios al margen en latín, en los que:

[...] van los lugares en que se halla fundada cada cosa de las que digo en el tratado, con algunas cuestiones notables tocantes a la materia, con sus sumarios para que sacados de su tabla por abecedario, los doctos puedan hallar cada cosa que quisieren con facilidad...⁸⁰.

El estilo de exposición es sencillo y directo, eminentemente jurídico-técnico y, en ocasiones, repetitivo, aunque introduce, confiando en que el alcance del aserto habría de ir más allá de su difusión entre los valencianos doctos, una serie de alocuciones y proverbios en romance vulgar castellano, que mitigan la densidad del texto agilizándolo⁸¹.

El contenido de la obra queda precisado por el propio Cerdán:

[...] En el contenido y en el comentario se hallará por su orden y por capítulos la institución de la cárcel ser cosa de justicia y de dónde tuvo principio y qué cosa sea y de las especies que hay de cárceles y qué construcción y

⁷⁹ *Visita...* Prólogo del autor al lector.

⁸⁰ *Id., Ibid.*

⁸¹ Tales como: «Más vale un palmo de juez, que una vara de abogado»; «Quien tiene a su padre alcalde, va seguro a juicio» (Prólogo del autor al lector: «El que juzga [...] tenga mucha cuenta de ser tan medido, circunspecto y bien mirado, que en semejantes negocios parezca haber partido cabello a la larga»; (cap. V); «Mal ajeno, de pelo cuelga» (cap. VI).

*forma han de haber para el servicio de ella, y de la obligación que tienen los jueces de visitarlas, y de lo que en ella han de hacer con la visita general, y las causas de prisión en causas civiles, y la detención y excarcelación en causas criminales, de la obligación de las fianzas y del carcelero, y de lo que se debe hacer de los cuerpos de los sentenciados*⁸².

Y se presenta estructurado en dos partes bien diferenciadas. Una, la conformada por las partes preliminares, algunas de las cuales revisten gran interés, pues en ellas el autor muestra sus presupuestos doctrinales, la intención que le mueve, etc. Otra, la que constituye el cuerpo principal, y que contiene el tratado de derecho carcelario, y consta de 16 capítulos, que contienen el tratado carcelario propiamente dicho. En los siete primeros capítulos está expuesta principalmente toda la doctrina penitenciaria de Cerdán, en la que trata los principales problemas que plantea el complejo mundo penitenciario.

IV.2 PROPÓSITO, OBJETIVO Y FINALIDAD

Cerdán considera que la materia relativa a la cárcel y a sus pormenores debe ser atendida para darle la importancia que tiene y para despejarla de los tradicionales vicios de que se ve aquejada.

*[...] para que los descuidados jueces se detengan de usar tan sueltamente de la potestad que dicen absoluta en tan grandes fraudes de la justicia y daño de su conciencia*⁸³.

La materia de los delitos y de los indicios para el tormento está copiosamente escrita, pues el derecho ha establecido y determinado los casos de cárcel, dando a cada uno de ellos doctrina cierta.

*[...] Mi intento en materia de delitos no ha sido otro que dar una muestra de los más frecuentes y ordinarios y que más veces vienen en práctica, por mayor inteligencia de lo que tratamos*⁸⁴.

Haciendo diferencia de casos en los que, aún después de encarcelados los delincuentes, se les han de poner grillos y cadenas, y aún ha determinado con qué palabras han de tratar los jueces a los delincuentes, si con aspereza o con palabras blandas, y de qué manera se han de haber con los súbditos, si con austeridad, o con buen semblante, hecha la diferencia de casos y de personas.

[...] Para el cumplimiento de la materia penal sólo faltaba tener cierta y abundante la materia de la cárcel, que tan arbitraria la hacen los jueces, dando verdadera doctrina de las cosas y casos de ella, siendo tan ciertas

⁸² *Visita...*, Prólogo del autor al lector.

⁸³ *Id. Ibid.*

⁸⁴ *Visita...*, cap. XIII.

*como se dan en esta visita, por ello mi principal intento sólo ha sido traer las cosas de la cárcel, que hasta hoy han sido tan inciertas y arbitrarias a doctrina cierta, en beneficio de los presos*⁸⁵.

En el tiempo que como abogado de presos he tratado, visto y entendido las cosas de la cárcel, he observado que la materia de la cárcel está tan extendida (dispersa) y mal escrita, y:

*[...] Teniendo ciencia cierta de la materia de cárcel del tiempo que como abogado de presos he tratado, visto y entendido dichas cosas y los agravios que reciben los presos, me ha movido a escribir a ratos robados de la continua ocupación de otros negocios este libro de La Visita*⁸⁶.

*Pues hasta hoy por ninguno de nuestros doctores recogida ni allegada a lugar cierto [...]*⁸⁷.

En la mayor parte de los casos se juzga por arbitrio judicial, de lo que resulta:

*[...] que unos padecen mucho y a otros les sacan de la cárcel antes de tiempo. Pero la justicia es sólida y firme y no recibe variedad alguna y está instituida a fin de que con peso igual se dé a cada uno lo que es suyo en caso de arbitrio éste debe de estar regulado en reglas de rigor escrito o de equidad escrita, cada cual en sus debidas cosas, y no a lo que conforme a su flaco y engañoso juicio sujeto a tantas flaquezas*⁸⁸.

Y que por dichas razones los presos son con frecuencia agraviados con la demasiada detención, o en el modo y aspereza de la cárcel, con cadenas, grillos y otros instrumentos más de lo que la cualidad de la persona o delito sufre teniendo ciencia cierta de ello, y los agravios que reciben.

El arbitrio judicial es una costumbre corrompida y muy perniciosa⁸⁹, pues por su efecto es muy frecuente que para la detención o libranza del delincuente en los casos de cárcel, los jueces usen de él respecto de la prueba o de la pena. Pero la experiencia enseña que uno de los mayores inconvenientes en los jueces y en las cosas de justicia es el dicho arbitrio, por haber tantos caminos para poder errar llegando el negocio a él. El arbitrio es una institución que se usa con universalidad y se usa tanto de él y son tantos los negocios que no se puede tener memoria de tantos casos, de manera que se llega a proveer cosas contrarias en casos semejantes, de los que la autoridad de la justicia recibe considerable quiebra.

⁸⁵ *Visita...*, cap. XIII.

⁸⁶ *Visita...*, Prólogo del autor al lector.

⁸⁷ *Visita...*, Presentación del autor en forma de epístola

⁸⁸ *Visita...*, Prólogo del autor al lector.

⁸⁹ *Visita...*, Prólogo del autor al lector.

No niega Cerdán, no obstante, la validez de la institución del arbitrio, sino que señala la necesidad de limitarlo y de objetivizarlo sujetándolo a reglas fijas.

*[...] En su debido oficio, el buen arbitrio del juez ha de aplicarse a la consideración de la cualidad de las personas y del delito, y a la inocencia o culpa del delincuente*⁹⁰.

Viendo y entendido lo que el preso padece por tales inconvenientes, y cuán corta y mal escrita está la materia de la cárcel, siendo cosa tan necesaria para las Repúblicas que de ella se tenga *doctrina cierta*, me ha movido a escribir este libro, que no será de poca utilidad, dando por él la orden y el concierto que en las cosas de la cárcel y de los presos se han de guardar, y dedicarle a S. M. Para que entendido por los jueces, se detengan de usar tan sueltamente del dicho arbitrio, pues hay algunos jueces muy amigos de echar a los hombres en la cárcel y no despachar sus causas hasta haberlos tenido mucho tiempo en ella, cosa muy contraria a los términos del derecho y leyes de este Reyno. Unos, lo hacen por ignorancia:

*[...] algunos jueces ignorantes proveen la captura del deudor con sólo mostrar el acreedor la deuda con instrumento público o con juramento del mismo de que tiene sospecha de que el deudor ha de huir*⁹¹.

Olvidando que han de incurrir otras cosas además de la sospecha, previamente probadas. Otros lo hacen por negligencia:

*[...] El juez, como hombre vestido de carne, está sujeto a sus naturales inclinaciones y sensuales apetitos. Se ve atacado del contraste de los ruegos del pariente, del amigo y de las personas a quien estuviere obligado, o de lágrimas de mujeres que le enternecen, o de sus propios intereses, o por no tener inteligencia, o por pereza... y así no se llega al fin de la justicia por caminos lícitos, dando ocasión a los súbditos que digan mal y aborrezcan lo que si hicieran por reglas y orden de justicia fuera muy loado*⁹².

Así pues:

*[...] a fin de que aproveche para que los descuidados jueces se detengan de usar tan sueltamente de la potestad que dicen absoluta, en tan grande fraude de la justicia y daño de sus conciencias y que si no lo hicieran les valga y aprovechen por memoria [...] me ha movido a escribir porque con la comunicación de los doctos, y de los que no lo fueren, con su curiosidad y buen ingenio se faciliten, y sean las cosas de la cárcel y de los presos tan ciertas y sabidas, que sin dificultad alguna se entiendan, traten y provean, puesto caso que fueran de menos trabajo y menos peligroso si se escribiera en latín, como suelen escribir comúnmente los doctores de la facultad*⁹³.

⁹⁰ *Visita...*, cap. V.

⁹¹ *Visita...*, cap. VIII.

⁹² *Visita...*, Prólogo del autor al lector.

⁹³ *Visita...*, Prólogo del autor al lector.

Asimismo, y en estrecha relación con lo anterior, clama Cerdán por una mayor diligencia en los procesos, pues:

*[...] si se pudiese conseguir que el proceso se despachase con diligencia, dando en él la sentencia dentro de los términos del fuero sería mejor, porque se cumpliría con la disposición del fuero que tienen jurado los jueces, y los negocios tendrían mejor expedición. Pero ellos alegan a esto que tienen muchas ocupaciones y no dan lugar a poder hacerlo, y que por esto están forzados a usar de dicho arbitrio*⁹⁴.

La finalidad de la obra va, no obstante, más allá del ámbito judicial, puesto que el autor, en su prólogo al lector, apoyado en la utilidad que su obra reporta la dirige al público docto y no docto:

*[...] Ruego y encarecidamente exorto al que esta obra viere que por su curiosidad la lea atentamente, y como docto y persona que sabe lo que importa, agradezca el trabajo, y el que no lo fuere tanto, que se aproveche, y si amigo, que la defienda, y me avise, y si ignorante, que calle, y si malicioso, que no procure la condenación que los maliciosos suelen hacer a los que con ojos claros y sin pasión juzgan las cosas, y si tan mal le pareciese, pruébese a mejorarla*⁹⁵.

IV.3. EL TRATADO CARCELARIO QUE CONTIENE LA VISITA...

IV.3.a) La cárcel

El origen de la cárcel, como institución, no se puede precisar, aunque para Cerdán fue establecida por Dios y constituye un fenómeno universal, que ha existido en todos los tiempos, por que es necesaria para las Repúblicas para guardar al reo en depósito cierto tiempo en la medida en que su ejemplaridad refrena de la comisión de delitos. Está, por tanto, determinada por los derechos divino y natural, municipal, civil, canónico, así como por la doctrina, y presenta diferentes formas⁹⁶.

*[...] Se ha entendido por necesaria la cárcel en todas las Repúblicas bien gobernadas del mundo, en todos los tiempos, para que una vez hecho el proceso se pueda dar un castigo igual a la culpa, y ello no se puede hacer bien si la persona del delincuente no está en seguro*⁹⁷.

En línea con el Derecho romano y *Las Partidas* (VII, XXIX,7), la cárcel reviste, según nuestro jurista, la función principal de ser un establecimiento

⁹⁴ *Visita...*, cap. XIII.

⁹⁵ *Visita...*, Prólogo del autor al lector.

⁹⁶ *Visita...*, cap. I.

⁹⁷ *Visita...*, Presentación de la obra.

público destinado a aplicar un determinado tratamiento a los encarcelados, que están allí en reclusión preventiva:

*[...] no para escarmentar yerros, sino para ser custodiados hasta que sean juzgados*⁹⁸.

Al mismo tiempo, Cerdán compartió la concepción que de la cárcel tiene el Derecho canónico para el que la prisión precede al verdadero castigo y contempla necesariamente el arrepentimiento, abarcando la prisión perpetua e incluso la pena de muerte⁹⁹. Por tanto, fundamentado en ambas concepciones, reconoce para la prisión la doble función de custodia de castigo del cuerpo, entendiéndola como un lugar público para la custodia, y, al mismo tiempo, una de las modalidades del castigo que puede ser inflingido a un delincuente, en concurrencia con las penas corporales. Se debate, por tanto, en un doble campo de la prisión preventiva y punitiva¹⁰⁰ o, simplemente, privativa de libertad¹⁰¹.

Desde el punto de vista jurídico-institucional, define Cerdán un tipo de cárcel de mero imperio y alta jurisdicción a la que llamaríamos hoy prisión mayor, cuya construcción, coste y mantenimiento corrieran exclusivamente a cargo del fisco¹⁰², aunque puede ser llevada a cabo por el poder civil y también por la Iglesia, y otra de mixto imperio y baja jurisdicción (o prisión menor), que es la que pueden tener los señores entre sus vasallos por disposición del fuero.

*[...] La cárcel ha de ser un gran edificio estructurado con arreglo a las funciones que ha de cumplir y con una particular construcción y forma. Ha de ser costada por quien tiene jurisdicción, es decir, a costa del fisco, aunque también hay quien opina que se puede construir y conservar a costa de las Universidades por su propio interés, puesto que tener encarcelados a los delincuentes es interés de la República*¹⁰³.

⁹⁸ De esta consideración de cárcel custodia, reconocida en todos los ordenamientos jurídicos antiguos, medievales y renacentistas, derivan consecuencias importantes como la no aceptación de la prisión perpetua, que se equipara a la esclavitud. Se trata de la primera expresión de la prisión, entendida como mero encierro y que implica un sentido más procesal que penal puesto que el arsenal punitivo de la época prevé otras sanciones para los reos, fundamentalmente las penas corporales e infamantes. Excepciones a esta regla serán la prisión eclesiástica para religiosos, y la prisión del rey para los enemigos del poder del real. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: «La prisión ayer y hoy», en *Derecho Penitenciario (Escritos 1982-1989)*, Madrid, 1989, p. 27, y que no se puede tratar a los presos mientras que estén en la cárcel como si ya estuviesen condenados, cap. III.

⁹⁹ Existe junto esta prisión mayor otra de mixto imperio y baja jurisdicción, que se da para una ligera corrección y leve castigo.

¹⁰⁰ Será a partir del siglo XVII cuando surjan la internación y el encarcelamiento como medidas contra el delito y la configuración de la pena de privación de libertad, desde su primitiva formulación como cárcel custodia. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Estudios de Derecho Penitenciario*, Madrid, 1982, pp. 25 ss.

¹⁰¹ Véase sobre este aspecto RUIZ RODRÍGUEZ, I.: «Evolución histórica de las penas privativas de libertad», en García Valdés, C. (Dir.): *Historia de la prisión. Teorías economicistas y crítica* (Curso de Doctorado), Madrid, 1997, pp. 79 ss.

¹⁰² Partida VII, título XXIX, Ley XV.

¹⁰³ Una tercera opinión, proveniente del derecho común, que se sigue comúnmente en España, es la que más convence a Cerdán. Según ella «en el mismo caso que las fábricas de

Al lado de esta cárcel pública Cerdán admite la existencia de otros tipos de cárceles:

*[...] El poder público, encarnado en los magistrados y en los tribunales eclesiásticos, en materia de cárcel no tiene el monopolio de la decisión del encarcelamiento de un sujeto*¹⁰⁴.

Exponiendo una completa clasificación y diferenciación:

Son cárceles públicas aquellas que se dan por provisión y mandamiento del juez¹⁰⁵. Éstas pueden darse por custodia del delincuente (que a su vez pueden producirse sin preceder acusación, por delito que merezca pena corporal, por paga de condena), o por castigo o pena (que debe padecerse antes de que les sea dada la pena que merecieren por sentencia). Son cárceles privadas o particulares las de jurisdicción señorial¹⁰⁶, y municipal, a las que considera que se trata de jurisdicciones limitadas. Respecto a la jurisdicción eclesiástica, considera que los jueces eclesiásticos no deben interferir en la jurisdicción secular, y dado que existen muchos casos de jurisdicción mixta, propone resolver la entidad de una y otra dentro del ámbito carcelario:

*[...] Tendría que haber una cárcel común a la jurisdicción real y la eclesiástica, para que cada una de ellas pudiera tener en sus manos a la persona del delincuente. Tendría que haber dos llaves diferentes de las cuales tuviese una el carcelero nombrado por el juez eclesiástico y otra llave el carcelero nombrado por la jurisdicción real*¹⁰⁷.

Pero su preocupación va más allá, abordando todo un sistema de reglamentación carcelaria mediante el establecimiento de unas premisas abstractas y tratan de someter a normas jurídicas la función tan importante, por complementaria de la jurisdicción real, que en las cárceles se realiza con la custodia de los presos. Comienza fijando las condiciones de ubicación, forma exterior, distribución exterior, y características que debían de reunir los establecimien-

las Iglesias, tocan a los prelados y rectores, aunque como en realidad están descuidados de ello, por lo que las han tomado a su cargo las Universidades. Principalmente esto ocurre en esta ciudad y reino de Valencia, de Aragón, porque la casa donde están hoy las Cortes de los jueces ordinarios y la cárcel común, fue dada a la ciudad de Valencia por Jaime I el Conquistador. *Visita...*, cap. V.

¹⁰⁴ *Visita...*, cap. III.

¹⁰⁵ Y por tanto Cerdán engloba en esta categoría a las cárceles eclesiásticas y a las inquisitoriales. La cárcel pública es de mero imperio y alta jurisdicción.

¹⁰⁶ La cárcel privada es de mixto imperio y baja jurisdicción. La tienen en el reino de Valencia todos los señores de lugares, aunque no sean barones entre sus vasallos, por disposición del Rey Alfonso II de Aragón. En el reino de Valencia, en las baronías y lugares, al menos en los que son nuevamente convertidos hay la costumbre contraria a la norma general –de que el preso debe guardarse a costa del fisco– de que los señores están en provisión antiquísima de mandar a sus vasallos según se ofrecen las ocasiones que hagan la guarda de los presos, guardando en esto la orden de “la tanda” que ellos llaman, que es como un turno o rueda de los moradores de tal lugar. *Visita...* cap. VI.

¹⁰⁷ *Visita...*, cap. V.

tos carcelarios ¹⁰⁸. En tal sentido, aconseja que esté en lugar público de la ciudad y labrada en piedra tosca y oscura

[...] para atemorizar a los malos.[...] Ha de estar en el lugar más público de la ciudad. Es necesario que en ella haya algunos aposentos para recoger por separado tanta diversidad de delincuentes y de personas de diversas condiciones y estados. [...] Asimismo, ha de haber un aposento para las mujeres que no se pueda comunicar con la cárcel común donde están presos los hombres [...] Ha de haber también aposentos para las personas constituidas en dignidad como los hidalgos, caballeros, doctores, ricos hombres o que tuvieren algún cargo en la administración de justicia [...] También sería necesario un aposento aparte para el tormento para que pudiese ser bien examinado el delincuente sin recelo de señas y advertimientos ¹⁰⁹.

Define asimismo las atribuciones y los deberes de los alcaides, o personas a quienes se encarga la custodia de los presos dentro de la cárcel. El carcelero ha de ser hombre robusto y de buen corazón ¹¹⁰ que asimismo tiene la obligación de ser fiel, discreto y hombre de industria ¹¹¹. Además ha de ser vigilante ¹¹². Lo que más importa de sus cualidades es la diligencia y gran cuidado que debe tener de la cárcel y en reconocerla para *que los presos no se vayan agujereándola*. Es asimismo responsable de la culpa y descuido que tengan los que le ayuden en la guarda. Se ha de guardar mucho de hablar en secreto con los presos, por la mala sospecha que contra él podría haber. Debe de administrarles las comidas y lo que les dan de ordinario o que les envían sus parientes o amigos repartiéndolo sin fraude alguno, pues está obligado a ello por juramento y por su oficio ¹¹³. Y cuando algún preso no tuviere qué comer ni dónde ser proveído, ha de tener cuidado no le falte lo necesario para su alimento, hasta proveerle en el entretanto de su dinero y cobrarlo después de la parte o del fisco o de la persona, cofradía o colegio a cargo de quien estuviere dar los dichos alimentos.

[...] No debe consentir que en la cárcel se hagan deshonestidades, ni hacerlas él, ni que hombres entrasen en el aposento donde están presas las mujeres, ni consentir que se juegue demasiado, no tomando más de los presos

¹⁰⁸ La sensibilidad por estos aspectos relativos a lo que después se denominará «arquitectura penitenciaria» sitúa a Cerdán de Tallada como uno de sus más directos precursores. Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad* (prologado por Francisco Bueno Arús), Madrid, 1998, p. 137.

¹⁰⁹ *Visita...*, cap. V.

¹¹⁰ «Para que si necesario fuere pueda resistir a las violencias y motines que los presos suelen hacer por librarse de la cárcel», *Visita...*, cap. VI.

¹¹¹ «Porque se sepa defender de las cautelas y ardidés que los presos usan por engañarle». *Visita...*, cap. VI.

¹¹² *Id. Ibid.*

¹¹³ «También debe ser diligente en reconocer las comidas que les traen y a las personas sospechosas que entran, por ver si traen alguna lima envuelta u otros instrumentos que puedan quebrantar la cárcel». *Visita...*, cap. VI.

que lo acostumbrado..., pues sabe podría llegar a términos de ser castigado por ello rigurosamente ¹¹⁴.

[...] Es muy común el caso de que los carceleros pretendan que el preso ha de ser detenido en la cárcel por no pagar el carcelaje o por haberle dado los alimentos necesarios a algún preso. En cuanto a lo primero, parece que no hay razón para detenerle por el carcelaje si no hubiese costumbre en contrario, ello referido al que tuviere bienes, porque si fuese pobre, entendido está que no puede ser detenido por costas del proceso ni por carcelaje. En el caso de los alimentos, tengo por cosa averiguada que se le pueden detener en la cárcel hasta que pague al carcelero lo que le debiere por alimentos ¹¹⁵.

Los delincuentes han de ser detenidos en prisión con yerros, o sin ellos, considerando para ello la cualidad de la persona y del delito y si la pena corporal fuese subsidiaria o por falta de bienes, aunque conforme a derecho civil y de este reino habría de estar preso hasta la sentencia, no concurriendo falta de prueba ¹¹⁶.

IV.3.b) Los presos y su asistencia

La asistencia de los presos es uno de los temas que Cerdán considera que debe experimentar más profundas transformaciones, estableciendo las bases de un sistema de garantías en favor de aquellos que constituye uno de los aspectos más novedosos y trascendentes de la *Visita*. Admitiendo que la custodia de los detenidos en la cárcel debe ser hecha de manera diferenciada, según la cualidad de los presos y de los delitos, aunque:

[...] No sólo debe tener cuenta el juez la honra y estimación de la persona del preso, sino también si alguno fuese detenido, apretado o maltratado más de lo debido, por el carcelero o ministros de él ¹¹⁷.

[...] porque, de otra manera, si indistintamente y sin hacer diferencia de casos se tratase, para los que hubieren cometido graves delitos sería floja, y para los inocentes demasiada ¹¹⁸.

Debe de procurarse que los presos comparezcan ante el juez con la máxima diligencia:

[...] y en el entretanto al acusado no le deben tener preso con esposas y otros hierros que le maltraten ¹¹⁸.

Que no sean atormentados, aunque que estén seguros y no pueda huir de la cárcel. También se ha de mirar mucho en que ni los que tuvieren cargo de la guarda de los presos, ni sus ministros, sobornados por parte del que hiciere la

¹¹⁴ *Visita...*, cap. XV.

¹¹⁵ *Visita...*, cap. XII.

¹¹⁶ *Visita...*, cap. XIII.

¹¹⁷ *Visita...*, Epístola del autor a los presos.

¹¹⁸ *Id. Ibid.*

instancia, maltraten a los presos, recogiénolos y desviánolos que no puedan tratar con el juez su causa. Tampoco les deben tener encerrados en hondos y oscuros aposentos, sino de manera que pueda gozar de la luz del sol, aunque en la noche, por tenerlos seguros, se les ha de doblar la guarda:

*[...] No se deben tener a los presos encerrados en hondos y oscuros aposentos, sino de manera que puedan gozar de la luz del sol, aunque al venir la noche por tenerlos seguros se les ha de doblar la guarda, por lo tanto, la cárcel los han de tener en lugares seguros y sanos, y vuelto el día y a la hora que apunta el sol, le deben volver al primer lugar, público y claro, porque no acabe sus días con las penas de la cárcel, hecha diferencia según la cualidad de los delitos porque de otra manera, si indistintamente y sin hacer diferencia de casos se tratase, para los que hubieren cometido graves delitos sería floja, y para los inocentes demasiada*¹¹⁹.

Asimismo, si, después de publicada la sentencia condenatoria, el reo apela-re, se ha de guardar el mismo orden que hemos dicho teniendo cuenta de la calidad del delito y de las personas delincuentes¹²⁰.

Los presos pobres

La condición de preso, que es en sí misma triste, se agrava con la pobreza, condición que debe ser tenida en cuenta por los prelados que administran la hacienda de los pobres, quienes deben de encargarse de su cuidado y sustento, de su socorro y no sólo de su observación, siguiendo la doctrina de Bernardino de Sandoval¹²¹. Los presos pobres¹²², como no tengan qué dar en el juicio, no sólo son menospreciados, y como tal no oídos, sino que además son oprimidos y agraviados contra toda verdad. Muchas veces se quejan a los jueces, mediante billetes, y por medio de terceras personas, de los abusos de que son objeto, pues por no tener qué dar son maltratados por los carceleros y por los abogados y procuradores:

*[...] que están descuidados de ellos y de sus causas*¹²³.

La asistencia jurídica de los presos pobres implica la existencia de abogados y de procurador de presos, a cargo de la república, que traten sus negocios y defiendan su justicia. Estos abogados deben tener obligación de asistir a los presos pobres sin recibir de ellos cosa alguna, so pena de pecado mortal, y si no lo quieren hacer se les puede y debe mandar hacer por el juez, que les puede suspender de la abogacía si no tuvieren justa excusa.

[...] Es por tanto obligación que en las repúblicas bien gobernadas haya abogado de pobres y procurador de pobres, y que éstos tengan salario ex

¹¹⁹ *Visita...*, Epístola del autor a los presos.

¹²⁰ *Visita...*, cap. X.

¹²¹ *Visita...*, cap. V.

¹²² En línea con el *ius commune* los pobres y las mujeres son considerados por Cerdán sujetos de derecho de condición inferior, a los que el derecho debe otorgar una especial protección.

¹²³ *Visita...*, cap. VII.

*público, como se guarda en Roma y en Francia por costumbre y también en las Chancillería castellanas, según la Pragmática de Fernando e Isabel, y en el reino de Valencia por una extravagante del Rey Don Martín. En esta República de Valencia está ordenado de esta manera que Su majestad Católica tiene nombrado abogado perpetuo de presos, con su privilegio, pagándole su salario con los emolumentos de la Corte criminal y la ciudad elige cada año un procurador de los pobres, al que llaman padre de los miserables, y nuevamente el ilustrísimo arzobispo de esta diócesis tiene nombrado otro procurador de presos, y además de esto un sacerdote que de ordinario solicita los negocios de los presos para que con brevedad sean despachados*¹²⁴.

Sería conveniente, señala Cerdán, que en las ciudades grandes existiese tal solicitador de las causas de los presos ordinariamente, aunque sugiere que deberían ser dos, y no uno:

*[...] en verdad, un abogado no es bastante para despachar tantos procesos de presos pobres como hay de ordinario en la cárcel común, y, particularmente, si por ocasión del poco salario se ha de ocupar en otros negocios que no está obligado a dejar*¹²⁵.

Y, dada la importancia de su función, si la escasa remuneración que perciben en forma de salario público les indujere a ocuparse de otros negocios para poder completar sus ingresos¹²⁶, deben dejar el cargo, o hacer bien su oficio¹²⁷.

Dada la desprotección de los presos, particularmente de los presos pobres, para que la vida en la prisión fuese lo menos dura posible, para la justa atención de sus causas, y para que éstas se despachasen sin retraso, los jueces visitaban personalmente las cárceles. Esta visita, llamada visita general, o también visita sitiada, se realizaba de ordinario una vez a la semana, y aparece reglamentada con carácter general para las cárceles de las Audiencias en la Nueva Recopilación¹²⁸. En ella se había de dar cuenta al juez de los presos que habían entrado o salido de la cárcel a lo largo de la semana, realizará las funciones de verificar los términos de los procesos y puedan juzgar según lo allegado y probado.

En el Reyno de Valencia, desde el reinado de Jaime I, se ordenó que semanalmente se diese audiencia pública a los presos para tratar exclusivamente de las causas por las que estaban presos para ver si podían ser librados de ella:

[...] En esta, llamada visita sitiada, los jueces determinan las causas de los pobres. Y según otra ley de este Reyno, para que los presos tengan liber-

¹²⁴ Esta consideración se extiende además de a los pobres y miserables a los que por ser extranjeros no tienen parientes ni amigos que los visiten ni traten sus negocios ni defiendan su justicia, *Visita...*, cap. VI.

¹²⁵ *Visita...*, cap. VI.

¹²⁶ Resulta evidente que en este punto Cerdán se refiere a una experiencia propia.

¹²⁷ *Visita...*, cap. VII.

¹²⁸ Libro II, Ley I, tít. IX.

tad, el prelado con los doctores de las Chancillerías, tengan obligación de nombrar dos de los oidores para que los viernes de cada semana vayan a la cárcel con los alcaldes, y entiendan, vean y oigan los presos y les administren justicia prontamente ¹²⁹.

[...] tratando particularmente las causas por que puede uno ser encarcelado, y en qué sazón y ocasiones pueden y deben ser sacados los presos de la cárcel antes de sentencia, o después de ella, con seguridad de fianzas, o sin ellas ¹³⁰.

Las visitas generales, considera Cerdán, son muy necesarias para examinar los méritos de la causa y la pena del delito y para determinar la detención o excarcelación de la persona delincuente y no dar lugar a que se saquen ni se detengan sin conocimiento de los méritos de proceso, porque la experiencia nos muestra que sacados de la cárcel queda el negocio olvidado, y más si es a instancia del fisco, como si no hubiera proceso y no se hubiera cometido delito alguno. Y, por el contrario, podrían venir a ser los presos tan olvidados, por no entenderse en sitiada general el término en que está su causa, que con sólo decir que el delito es grave sería detenido injustamente meses, y algunas veces años, lo que no se debe hacer, pues todas las cosas de justicia tienen sus límites y términos establecidos para la buena expedición de la justicia. Y si después de publicada la sentencia condenando con ella al reo, apelare, se ha de guardar el mismo orden que hemos dicho, teniendo cuenta la calidad del delito y las personas delinquentes.

[...] De ordinario, en esta ciudad de Valencia, se suele hacer que los sábados, uno de los del consejo real, por rueda, de mañana, entra en la cárcel y hace la visita personal a los presos, y en la tarde, en presencia del virrey, se tiene sitiada general, en la cual se trata exclusivamente de la libranza de los presos ¹³¹.

[...] De esto se deduce cuán necesario sea en las visitas generales examinar los méritos de la causa y la pena del delito para determinar la detención o excarcelación de la persona delincuente y no dar lugar a que se saquen ni se detengan sin conocimiento de los méritos de proceso, porque la experiencia nos muestra que sacados de la cárcel queda el negocio olvidado, y más si es a instancia del fisco, como si no hubiera proceso y no se hubiera cometido delito alguno. Y, por el contrario, podrían venir a ser los presos tan olvidados, por no entenderse en sitiada general el término en que está su causa, que con solo decir que el delito es grave sería detenido injustamente meses, y algunas veces años, lo que no se debe hacer, pues todas las cosas de justicia tienen sus límites y términos establecidos para la buena expedición de la justicia ¹³².

Aparte, Cerdán refiere la existencia en Valencia de otra visita del juez de la corte, de carácter interno, como preparación previa de la visita general para

¹²⁹ *Visita...*, cap. VII.

¹³⁰ *Visita...*, cap. VIII.

¹³¹ *Visita...*, cap. XIII.

¹³² *Visita...*, cap. X.

aliviar a los presos antes de la sentencia, informarse del funcionamiento interno de la cárcel, y constatar que los carceleros no les habían tratado de forma inhumana, que no les faltasen los alimentos, que hombres y mujeres no estén juntos, que el carcelero no cometa pecados carnales con las presas, por estar encargado de su guarda, que no se tenga juego desordenado, etc.

*[...] porque además de lo que se ofende a Dios jurando y blasfemando se ve de ordinario que los que no tienen qué jugar, se juegan el vestido y lo que se les da para comer por limosna. También debe procurar el juez que no se jure ni blasfeme en nombre de Dios... y si se hace castigarlo muy bien, pues de ello hay ley del reino y puede hacerse inquisición por su mero oficio. Ha de tener en cuenta el juez informarse de si los escribanos de entradas y salidas toman de los presos cuando salen de la cárcel más de lo que conforme a lo que estuviere ordenado pueden llevar... y no procurar beneficiarles para que sean sus aliados, y principalmente si se trata de presos pobres miserables, en cuyo caso ni el carcelero ni el escribano han de llevar nada, ni por los derechos del carcelaje. Han de tener también en cuenta que los abogados no lleven nada a los presos pobres por lo que trabajan, pues tienen salario público y si les resulta poco deben dejar el cargo o hacer bien su oficio*¹³³.

Cómo debe ser el juez

La función desempeñada por los jueces constituye para Cerdán uno de los ejes principales del correcto desenvolvimiento del sistema penitenciario, y por ello trata de depurar la figura de los principales vicios que la aquejan. Considera que los cargos que implican alguna vertiente de administración de justicia no se deben proveer a indiscretos, principalmente si de ellos dependiese el gobierno del reino o de alguna provincia, por la falta de discreción que hay en estos ámbitos.

*[...] pues está entendido que, aunque los príncipes les puedan dar autoridad, no son poderosos para darles la discreción*¹³⁴.

En línea con esto, el juez debe ser, ante todo, competente para que no incurran en faltas de rigor como muchos jueces ignorantes que con sólo mostrar la deuda mediante instrumento público o con una sola cédula del deudor, o con juramento del acreedor que jura que tiene sospecha de que el deudor ha de huir, proveen la captura. Además, el juez siempre ha de ser propicio al pobre para que no sea injustamente molestado y maltratado, pero debe actuar con templanza y de manera que no se haga fraude a la autoridad de la justicia...

[...] que a los que fueren delincuentes les parezca áspero, grave, duro y espantoso y blando a todos los que fueren buenos, tratándolos como si fuesen hijos [...] de manera que, con el buen juicio y discreción, cubra los movimientos y blanduras interiores y naturales y, en lo exterior, con severidad (no

¹³³ *Visita...*, cap. VII.

¹³⁴ *Id. Ibid.*

les debe maltratar de palabras ni exasperarles con gritos, ni tampoco enternecerse por ruegos y lágrimas ¹³⁵.

IV.3.c) Las causas de encarcelamiento en el derecho de Valencia

Cerdán diferencia dos tipos de causas que justifica encarcelamiento: por causas civiles y por delitos.

[...] A la cárcel suelen llegar los hombres bien por deudas o intereses civiles, o porque están denunciados o acusados criminalmente, o porque contra ellos se haya recibido alguna información, o por sospecha de algún delito ¹³⁶.

Establece como presupuesto básico para toda la materia que en cualquier captura de persona, para que sea legítimamente hecha, han de concurrir cuatro extremos que son: causa (acción), jurisdicción (autoridad por parte del juez), orden (que sea en caso permitido) y forma (que el que la ejecutare tenga comisión para hacerla). Determina cuáles son las causas porque puede uno ser encarcelado, y porqué y en qué sazón y ocasiones pueden y deben ser sacados antes de sentencia o después de ella, con seguridad de fianzas, o sin ellas ¹³⁷.

1.º Las causas civiles: La prisión por deudas. Cerdán sitúa esta materia en el doble plano del derecho común y del reino de Valencia, y reconoce que aunque doctrinalmente y jurídicamente en términos de derecho común y también según lo dispuesto en la ley del Reyno de Valencia, nadie puede ser encarcelado por causa civil mientras tuviere bienes de qué poder pagar la deuda, porque la cárcel no se acomoda (como pena) sino a las causas criminales en las cuales se trata de castigar a los hombres por sus delitos, y es remedio subsidiario en materia de causas civiles. Este principio, señala Cerdán, tiene en la práctica muchas limitaciones y excepciones, fundamentalmente porque, como se ve por experiencia, muchas veces el deudor por miedo de entrar en la cárcel el deudor paga lo que debe. Aborda a continuación una clasificación exhaustiva de los casos que suponen una excepción a este principio, que no se cumple cuando la deuda fuere fiscal, por causa de tributos

[...] porque entonces se puede proceder a la captura de la persona del deudor, pero no le deben poner en la cárcel sino arrestarle en alguna parte, en un lugar allegado de diferente manera que a los otros deudores ¹³⁸.

ni cuando la deuda tuviere anejo delito (en cuyo caso queda al arbitrio del juez), ni cuando el deudor, precediendo citación, hubiese prometido en juicio estar a derecho y asistir siempre que fuese llamado, y después de emplazado,

¹³⁵ *Id. Ibid.*

¹³⁶ *Visita...*, cap. VIII.

¹³⁷ *Id. Ibid.*

¹³⁸ *Visita...*, cap. VIII.

fuese contumaz, porque entonces, el juez le puede mandar prender, aunque no le puede encarcelar antes de hecha discusión de sus bienes.

*[...] Con todo, aunque esto sea así en términos de derecho, muy raras veces se produce ya que aun en los casos en que, hechas las citaciones, el convenido no aparece, acusada la rebeldía, ponen al actor en posesión (si la demanda fuese real) de la cosa que se pide, y si fuese personal, le ponen en posesión de bienes del deudor*¹³⁹.

Asimismo, se puede prender al deudor en caso de que la deuda fuese de mucha cantidad para que asegure el pago a su acreedor y de fianzas de estar a derecho y de que asistirá a juicio. Asimismo puede ser encarcelado el deudor antes de sentencia y antes de hacerse la discusión en sus bienes, si fuese fugitivo o se sospechase que ha de huir.

Aparte de los anteriores casos contemplados por el derecho civil los Fueros de este Reyno de Valencia incluyen algunos otros meramente civiles, añadidos a los anteriores, en los que sin discusión de bienes ni otra solemnidad alguna, llegado el día de la paga, son caso de prisión para el deudor. Éste es el caso de verdadero depósito, condesijo o encomienda, que son contratos que ha querido privilegiar el Fuero, en los que el depositario o comendatario no puede alegar excepción alguna antes de restituir la cosa.

*[...] Si el tal que tuviese la cosa en verdadero depósito, condesijo o encomienda, dijere que no la puede restituir, ha de ser encarcelado hasta que haya restituido la cosa depositada, y si no tuviese de qué ser alimentado, el acreedor tiene obligación de alimentarle con pan y agua solamente*¹⁴⁰.

Lo mismo rige, continúa Cerdán, para los *caplevadors de Cort* si, hecho el mandamiento acostumbrado, no restituyeren los bienes que les son encomendados, o no depositaran el precio en que fueron apreciados. También el comprador de Corte si dentro de los diez días después de hecha la compra no depositare realmente y con todo efecto el precio en la tabla, o en poder del tablero de Corte, ha de ser encarcelado y vendidos sus bienes sin ninguna solemnidad de ejecución, quedando preso.

*[...] Este Fuero, entienden los prácticos del Reyno, ha lugar tanto en mujer como en varón aunque, ordinariamente, por deuda civil ninguna mujer puede ser encarcelada*¹⁴¹.

También el procurador constituido con documento público, o sin él, para cobrar, y los oficiales administradores de alguna ciudad o villa que hacen exacción de los derechos, si no quisieren o no pudieren pagar, han de ser encarcelados hasta que hayan pagado y satisfecho todo cuanto hubieran cobrado y entrado en su poder por el hecho de ser procuradores. Es tan privilegiado este caso del procurador, que

¹³⁹ *Id. Ibid.*

¹⁴⁰ *Visita...*, cap. IX.

¹⁴¹ *Visita...*, cap. V.

si por algún juez fuese sacado de la cárcel o le fuera alargado el plazo de la paga sin consentimiento de la parte, el tal juez ha de pagar de sus bienes propios ¹⁴².

Advierte Cerdán que en todos estos casos en que es procedente la prisión por deudas, principalmente por fuero de Valencia, el juez no pueda poner al deudor en la cárcel sino después de haberle condenado por la deuda, siempre y cuando no se sospechase que hubiese de huir, porque en tal caso se le podría prender incluso sin citación ni otra preparación alguna ¹⁴³.

También el comprador de bienes muebles o semovientes que no hubiera pagado el precio y dijere que no tiene de qué pagar, ha de estar preso, hasta tanto que no haya pagado el precio de la cosa vendida.

[...] Y si no tuviese el tal deudor de qué alimentarse, el acreedor le ha de dar alimentos estando en la cárcel con pan y agua tan solamente y si no lo hiciere, el juez le puede excarcelar ¹⁴⁴.

Asimismo está dispuesto por el fuero de Valencia que si el señor de alguna nave hiciere algún contrato con algún mercader o marinero, y por no cumplir el concierto, se siguiere algún daño en alguno de ellos, y no se hallasen bienes para pagar el daño, debe ser encarcelado aquel por quien no se cumpliese lo concertado hasta que haya pagado completamente dicho daño al que le recibiere. Y que si algún tratante (cavaler) o deudor se ausentare con fraude de la ciudad o lugar de donde habría tomado la ropa o mercadería, el acreedor, u otra persona en su nombre, puede prenderle y ponerle hierros y cadenas y entregarle a la Corte o juez ordinario, y tenerle en custodia hasta que haya pagado. Asimismo el mercader, cambiador, o tratante que con engaño rompiere, alzándose con la hacienda de otro, incurre en pena de muerte.

[...] Por este fuero dicen los prácticos del reino que en todo caso de deuda no siendo pagador, es caso de prisión ¹⁴⁵.

Además de los casos anteriores, Cerdán enumera otros que incurren en semejante delito de derecho civil y son causa de prisión como es el caso del

¹⁴² Hay otro caso muy privilegiado por Fuero de este Reyno, que dispone que cualquier hombre de cualquier estado o condición que sea que se obligare a otro con instrumento público a dar o pagar alguna cosa, con que sea de 2.000 sueldos (que son 36.000 maravedíes) o en más cantidad en cuya obligación hubiere firma, aprobación y decreto del juez ordinario del lugar donde se hiciere el contrato, se le ha de hacer al deudor ejecución real como de sentencia pasada en cosa juzgada, y mientras dicha ejecución se hiciere, el deudor ha de estar preso sin poder alegar excepción o defensión alguna por justa que sea si no fuere de paga, fin y quito, registrada en documento público. De esta cárcel no pueda salir el deudor por rescripto, remisión, alongamiento, guíaje, o sobreseimiento de príncipe y de oficial alguno. *Visita...*, cap. IX.

¹⁴³ Existen también otros casos de prisión por fuero y ley del Reyno debida no principalmente sino en subsidio, que se puede hacer en cualquier vecino o habitante en la ciudad de Valencia y en su Reyno. *Visita...*, cap. IX.

¹⁴⁴ En Castilla es muy diferente porque el acreedor tiene obligación de alimentar al deudor por espacio de nueve días y pasados éstos el juez le ha de entregar al acreedor para que le sirva o gane en su oficio para el acreedor hasta que sea pagado de la deuda.

¹⁴⁵ *Visita...*, cap. IX.

que impetrare rescripto o comisión u otras provisiones por las cuales se impidiere ejecución que se haga en virtud de censal, violario o debitorio, que ha de estar preso hasta que sea pagado el que instare la ejecución; o el del extraño que molestare a algún natural por algún beneficio eclesiástico; o el de quien fuese nombrado juez de apelación y rehusare hacer el juramento contenido en el fuero, a quien el juez ordinario puede constreñir para que jure mandándole dar prendas o echándole en la cárcel, etc.

En definitiva, aunque Cerdán proclama que en términos de derecho el deudor, mientras tuviere bienes, en principio no puede ser encarcelado, en la práctica muchas veces se ha proveído en contrario dada la diferencia que puede haber en los fueros del reino de Valencia. Esta diferencia se acentúa por la práctica ya que hay algunos jueces que constándoles que se trata de un comprador de bienes muebles o semovientes, le mandan encarcelar. En cambio, otros se contentan con que el deudor ofrezca a la Corte bienes raíces para pagar la deuda. Otros envían la Corte a la casa del deudor para tomar bienes en prenda o caplleador ¹⁴⁶ y, si no los hallan, proveen la captura.

[...] Esta última es la opinión más extendida entre los prácticos del reino, y la que parece ser más allegada a razón ya que el fuero de Valencia así lo dispone ¹⁴⁷.

2.º Las causas penales: Los delitos. En este punto Cerdán deja de ser exhaustivo en la enumeración, porque se remite a la legislación general:

[...] No se han escrito aquí en la visita todos los delitos pues no habría bastante con un libro dos veces como éste si se tratase de todos ellos. No ha sido mi intento otro que dar una muestra de los delitos más frecuentes y ordinarios y que más veces vienen en plática, por mayor inteligencia de los que tratamos, pues la materia de los delitos y de los indicios para el tormento está copiosamente escrita, y para su cumplimiento sólo faltaba tener cierta y abundante la materia de la cárcel, dando verdadera doctrina de las cosas y casos de ella, que tan arbitrarias las hacen los jueces, siendo tan ciertas como se dan en esta visita ¹⁴⁸.

Y se limita a exponer las causas que, sobre el régimen general penal, establece el derecho de Valencia, materializadas en determinadas particularidades:

[...] Cosa sabida es que para que alguien pueda ser preso y encarcelado por delito, ha de constarle al juez dos cosas: que tal delito se haya cometido (constando por prueba Real, mandando recibir auto de ello o, a falta de lo primero, con información de testigos, etc.), y recibir información del caso (que puede ser sólo por indicios). Sólo cuando se dan estas dos circunstancias el juez puede poner a los inculpados en la cárcel, atendida la cualidad de la persona y del delito. En dicha captura ha de concurrir la autoridad del

¹⁴⁶ Quien se obliga a restituir los bienes o a pagar la cantidad.

¹⁴⁷ *Visita...*, cap. X.

¹⁴⁸ *Visita...*, cap. XIII.

*juez que la proveyere y la comisión en el ministro que la ejecutare y que no se haga en lugar o tiempo privilegiado. No obstante, en este reino es de otra manera, ya que si la acusación fuese a instancia de parte legítima, indistintamente y sin hacer diferencia de casos, dispone el fuero que ha de ser preso el acusado y puesto en la cárcel. Con esto, si del tal delito no fuera debida pena corporal principalmente o en subsidio (que es en caso de que no tenga bienes para pagar la pena), se ha de dar sentencia dentro de dos días precisos. Y si el juez que lo tuviere a cargo no lo hiciere ha de ser luego sacado de la cárcel libremente absolviéndole de la acusación. Aunque por ser el tiempo tan breve y no poderse hacer el proceso en tan pocos días, muy pocas veces o ninguna se llega a estos términos*¹⁴⁹.

A continuación enumera y clasifica los delitos, puesto que:

*[...] Si el delincuente puede ser sacado con fianzas o detenido en la cárcel hasta sentencia es necesario saber qué delitos traen consigo pena capital o corporal principalmente, o en defecto de bienes. Y qué pruebas, indicios o presunciones son bastantes para llegar al tormento*¹⁵⁰.

Los delitos por los cuales es debida pena de muerte natural, o pena corporal, son la herejía y el crimen de *laesa mayestatis*. También son castigados con la pena de muerte los falsadores de moneda del emperador o de cualquier rey (éstos tienen por Partidas la misma pena de ser quemados con confiscación de la mitad de sus bienes. Por fueros de este reino incurren en pena capital con confiscación de todos sus bienes)¹⁵¹. El mismo delito, aunque con diferente pena, dicen los doctores que incurre en los que usan jurisdicción alguna sin tenerla, dando a entender que son ministros de justicia. Otro delito de esta categoría es el delito nefando de sodomía quienes mientras en Castilla tienen pena de muerte natural, en el reino de Valencia se les impone que sean quemados y confiscados todos sus bienes. Ocurre lo mismo con los que encubrieren que alguien sea cautivado y llevado a tierra de moros (que en Valencia era frecuente). También los homicidios, voluntarios o encubiertos, o los asesinos que matan a alguien por dinero, o los que mataren con tóxico o ponzoña, a los que las Partidas imponen graves penas, pero por fuero de este reino es necesario que se siga a la acción del delincuente para condenarle a la pena ordinaria por el resultado del delito, más que por la intención. También los parricidas y la mujer que abortara voluntariamente (si el parto tuviere alma, incurre en pena de muerte y por fuero en pena de ser quemada, y si antes de tener alma, en pena de destierro); los falsificadores de instrumentos o escrituras públicas y auténticas, y los que cometen otras graves falsedades con escrituras públicas y auténticas o pusieren una persona por otra en algún auto público; el que hiciere falso testimonio; y el que hace fraude con peso o medida.

¹⁴⁹ *Id. Ibid.*

¹⁵⁰ *Id. Ibid.*

¹⁵¹ Sobre este aspecto véase el interesante artículo de Jaime LLUIS Y NAVAS: «Las características y tendencias generales de la política penal monetaria en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna», en *Numisma*, núm. 36, vol. IX, año 1959, pp. 2-24, específicamente, pp. 15-16.

El delito de adulterio también le tuvieron los doctores por delito gravísimo, tanto por derecho civil como por la Ley de Partidas¹⁵², pero en los fueros de Valencia no hay más pena que la de azotes para el adúltero, y para la mujer la pérdida de la dote más la parte de los bienes que, por sociedad o germanía, tuviere comunes con el marido, de manera que raras veces es castigado este delito en este Reyno. Está reputado también por grave delito el robo que se hace a alguna virgen, o viuda recogida, o religiosa y con mayor razón si fuese mujer casada, porque además del robo se comete el grave y atroz delito del adulterio.

*[...] A estos delitos por derecho civil, por leyes de Partida y por fueros de este Reyno se les impone la pena de muerte natural sin remedio de poder apelar la sentencia cuando costa claramente el delito*¹⁵³.

Asimismo, los que hicieron los fueros de este reino consideraron el hurto reiterado un delito que merecía la pena de destierro, aunque en algunos casos, dejándolo a su arbitrio, el juez se puede dar a estos delincuentes *una mayor pena condenándoles hasta a muerte natural* y, si fuesen hallados tercera vez en latrocinio dispone el fuero de Valencia que sean puestos en la horca para que allí mueran naturalmente. La misma pena alcanza en este reino el delito frecuente de quebrantar la salvaguarda de los caminos reales haciendo robos con fuerza a los caminantes. Este delito también hace incurrir en *pena de muerte natural*. En la misma pena caen los que con armas y con ayuntamiento de algunos combatieren la casa de alguno por hacerle daño, y los del brazo Real que quebrantan la paz y tregua a alguno contra la palabra que al tiempo que firmaron la paz se dieron obligándose.

*[...] Estos delitos son muy castigados en este Reyno, donde se les impone pena de muerte, sin que puedan admitir a composición al delincuente los oficiales de SM y aun con el expreso mandamiento al fisco que persiga el tal delito so pena de privación de oficio y otras penas pecuniarias*¹⁵⁴.

Por todos estos casos se entiende que el delincuente ha de estar preso hasta la sentencia, y si constase el delito con prueba, con bastantes indicios y presunciones, se les puede dar tormento, según la diversidad de los negocios y cualidad de las personas delincuentes. Las presunciones ciertamente no bastarían para condenarles, pero según las disposiciones de nuestro fuero (de Valencia) son suficientes para ponerlos tormento.

Para otros delitos está establecida sólo la pena pecuniaria, y en caso de que el delincuente no tuviese bienes, entonces le condena la ley en pena corporal, como es el caso de la muerte seguida sobre palabras, que los doctores llaman

¹⁵² Existían en las Partidas las mismas penas que en derecho civil, aunque después fueron corregidas dejándolo a discreción del marido para que hiciese de su mujer y del adúltero lo que le pareciere y por bien tuviere.

¹⁵³ *Visita...*, cap. XIII.

¹⁵⁴ *Id. Ibid.*

muerte sobre rixa, o el caso de los que hirieren, o sacudieren a otro con espada, u otras armas, a los cuales la ley los condena en dinero y no pudiéndolo pagar en pena de muerte, o que les sea cortada la mano, o que los azoten públicamente, u otras penas arbitrarias con satisfacción del daño recibido, así en las costas de la cura, como en lo demás.

*[...] En estos casos por derecho civil habían de estar presos hasta la sentencia porque decían que se podía llegar a términos que la fianza empobreciese y no pudiendo pagar la pena pecuniaria, el reo no padecería si no se ejecutase en él la pena corporal, y de esta manera quedaría la justicia burlada y el delito sin castigo, lo que parece también que dispuso el fuero del Reyno*¹⁵⁵.

En la práctica, señala Cerdán, se usa de otra manera, porque cuando la pena corporal viene en subsidio por falta de bienes, se suele arrestar al delincuente alguna cosa, asegurándose bien de las fianzas.

Pero porque el negocio no quede incierto y que los que son juzgados y gobernados no tengan justa ocasión de hablar mal de la justicia, como se ve de ordinario, que viendo que en negocios de un mismo juez se hacen diversas y contrarias provisiones, luego se les va la lengua a aquellas vulgares palabras. Y porque no se de ocasión al juez que fuere apasionado a que descuidado de su confianza agravié a alguno, parece que sería necesario que se tomara resolución que comprendiese todos los casos y delitos de cualquier género que ellos fueran, dando con su distinción cierta doctrina para ello, y cesarían todos los inconvenientes y sería de utilidad. La discusión es que o por el delito que se trata esté determinada la pena cierta, o es negocio que viene al arbitrio del juez. En el primer caso, cuando la pena es cierta o es pecuniaria, o capital, o corporal, con mutilación de miembro, o de azotes o de otra manera. Cuando la pena es pecuniaria ha de aplicarse fuera de la cárcel sacando al delincuente con fianzas después de haber confesado (el delito) sobre la acusación. Si no hubiese confesado (en tal caso se le debe dar sentencia antes de sacarle). Si la pena fuese capital o corporal o es debida por falta de bienes, entonces no debe ser sacado de la cárcel hasta la sentencia si ya no hiciese falta la prueba, que ya no se llegase a tormentar, o que la corte no estuviese instruida dentro de los cinco días del fuero, y en caso de que el delincuente fuese detenido... en dichos (algunos) casos los delincuentes han de ser detenidos en competente prisión con yerros o sin ellos, considerando para ello la cualidad de la persona y del delito y si la pena corporal fuese subsidiaria o por falta de bienes, aunque conforme a derecho civil y de este reino habría de estar preso hasta la sentencia, no concurriendo falta de prueba.

Cuando la pena fuere arbitraria, considerada la cualidad del delito, si el negocio pudiere llegar a pena corporal se ha de juzgar como lo hemos resuelto en la pena que se debe principalmente y si pecuniaria, ni más ni menos, y si unos acusados estuviesen ausentes y otros presentes y se hubiese de pasar

¹⁵⁵ *Id. Ibid.*

primero el proceso de ausencia contra los ausentes, se ha de guardar la misma orden respecto de los presentes haciendo las salvedades citadas.

*[...] Pues vemos que el derecho pensando todas las cosas y dando en cada una de ellas cierta determinación, no solamente ha establecido y determinado los casos de cárcel dando a cada uno de ellos doctrina cierta según el caso sucedido, sino que aun después de encarcelados los delincuentes ha hecho diferencia de casos en los que se han de poner grillos y cadenas, y si han de estar sin ellas, y aun con que palabras han de tratar los jueces a los delincuentes, si con aspereza o con palabras blandas, y de que manera se han de haber con los súbditos, si con austeridad, o con buen semblante, hecha diferencia de casos y personas*¹⁵⁶.

La captura puede ser hecha injustamente cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias

*[...] Por falta de la acción que tiene el acreedor hasta ser pagado; por falta de autoridad del juez que la proveyere; por falta de jurisdicción o de comisión del ministro que la ejecutare (esto es, por defecto de forma); por privilegio de la persona; por privilegio del lugar; por privilegio de tiempo*¹⁵⁷.

*[...] el encarcelado injustamente puede apelar la captura pasados los 10 días después de hecha, y si es pobre y no la pudiese proseguir (la apelación), no por ello es desierta*¹⁵⁸.

Establece Cerdán que cuando la captura ha sido injustamente hecha no se puede justificar por causa nueva, como se hace con frecuencia en la práctica. Aunque hay diversas opiniones al respecto, Cerdán se alinea del lado de los que piensan que el reo debe primero cobrar la libertad que injustamente había perdido.

*[...] Aunque es verdad que el que está preso no puede ser convenido ante otro juez y que la cosa que estuviere en depósito no puede ser impedida por ninguna persona, la opinión contraria es que de la misma manera que una misma cosa puede estar obligada a muchos, el encarcelado pueda ser retenido por otra nueva causa. Así pues, aunque la retención de las personas en la cárcel se puede entender de muchas maneras, se puede establecer que estando uno preso por deuda fiscal puede ser detenido en la cárcel hasta que pague la deuda*¹⁵⁹.

IV.3.d) Las penas

Partiendo de la consideración preferente de la cárcel como custodia, a los ojos de Cerdán queda legitimado que en casos aislados pueda recurrirse a la

¹⁵⁶ *Visita...*, cap. X.

¹⁵⁷ *Visita...*, cap. XI.

¹⁵⁸ *Id. Ibid.*

¹⁵⁹ *Visita...*, cap. XII.

prisión punitiva, lo que le lleva a desarrollar toda una teoría acerca de las condenas, respecto a las que resulta primordial establecer una correlación objetiva y fija entre los tipos de delitos y la pena que les corresponde

*[...] El derecho pesando todas las cosas y dando en cada una de ellas cierta determinación, no solamente ha establecido y determinado los casos de cárcel dando a cada uno de ellos doctrina cierta según el caso sucedido, sino que aun después de encarcelados los delincuentes ha hecho diferencia de casos en los que se les han de poner grillos y cadenas, y si han de estar sin ellas, y aun con que palabras han de tratar los jueces a los delincuentes, si con aspereza o con palabras blandas, y de que manera se han de haber con los súbditos, si con austeridad, o con buen semblante, hecha diferencia de casos y personas*¹⁶⁰.

ya que de no ser así, cuando no está determinada la pena cierta, queda todo al arbitrio del juez.

*[...] Pero porque el negocio no quede incierto y que los que son juzgados y gobernados no tengan justa ocasión de hablar mal de la justicia, como se ve de ordinario, que viendo que en negocios de un mismo juez se hacen diversas y contrarias provisiones, luego se les va la lengua a aquellas vulgares palabras. Y porque no se dé ocasión al juez que fuere apasionado a que descuidado de su confianza agravié a alguno [...] sería necesario que se tomara resolución que comprendiese todos los casos y delitos, de cualquier género que ellos fueran, dando con su distinción cierta doctrina para ello, y cesarían todos los inconvenientes y sería de utilidad*¹⁶¹.

Intercala Cerdán a continuación una relación de delitos y penas en los que el delincuente debe permanecer en la cárcel hasta la extinción de su condena. Comienza nuestro jurista por la diferenciación entre penas corporales y penas pecuniarias. Las condenas más frecuentes por delitos graves eran en su tiempo el destierro y el exilio, existiendo también la pena de muerte y la cadena perpetua, normalmente en forma de galeras¹⁶², pero, al lado de éstos, hay delitos para los que no está establecida pena corporal alguna, sino penas pecuniarias. Dentro de esto, que constituye la norma general en el derecho del reino de Valencia existen delitos que ciertamente no justifican la condena, pero que son

¹⁶⁰ *La Visita...*, cap. XIII.

¹⁶¹ *Id. Ibid.*

¹⁶² La pena de galeras surge en el siglo XVI como una variable del destierro, en sustitución de la pena de muerte, en base al principio utilitario de la justicia y a la falta de gente para las tripulaciones de las galeras en la época de las guerras contra el Turco, siendo específicamente bajo Carlos I cuando se enfocó la condena a galeras como un tipo de destierro o esclavitud al servicio del Rey. La primera disposición para establecer la pena utilitaria fue dada por pragmática de Carlos I en 31 de enero de 1530. Sobre este tema véase SEVILLA Y SOLANAS, F.: «La galera en las leyes penales», en *Historia Penitenciaria Española*, Segovia, 1917, pp. 27-32, específicamente, p. 30; MARAÑÓN, G.: «La vida en las galeras en tiempo de Felipe II», en *Vida e Historia*, Madrid, 1968, pp. 94-124; FERNÁNDEZ VARGAS, V.: «Noticia sobre la situación penal de León en 1572 y 1573: Un documento para la historia de la penalidad en España», en *Anuario de Historia del Derecho Español* núm. 38 Madrid, 1968, pp. 629-634.

susceptibles de ser castigados con tormento, en el caso de que el delincuente no tuviese bienes, trasmutando entonces, por ley, la condena a pena pecuniaria en pena corporal. Éste es el caso de la muerte seguida de palabras, que los doctores llaman *muerte sobre rixa*, o el de los que hirieren o sacudieren a otro con espada, u otras armas, a los cuales la ley condena en dinero y, no pudiéndolo pagar, en pena de muerte, o que les sea cortada la mano, o que los azoten públicamente, u otras penas arbitrarias, con satisfacción del daño recibido, así en las costas de la cura. Según el derecho civil, en estos casos habían de estar los delincuentes presos hasta la sentencia porque decían los doctores que se podía llegar a términos de que la fianza (trasmutada por la penal corporal) les empobreciese, y no pudiesen pagar la pena pecuniaria, en cuyo caso, quedaría la justicia burlada y el delito sin castigo.

*[...] En la práctica se usa de otra manera, porque indistintamente cuando la pena corporal viene en subsidio, por falta de bienes, se suele dar en fiado arrestándole al delincuente alguna casa, asegurándose bien de las fianzas. Aunque si se pudiese conseguir que el proceso se despachase con diligencia, dando en él la sentencia dentro de los términos del fuero sería mejor, porque se cumpliría con la disposición del fuero que tienen jurado los jueces, y los negocios tendrían mejor expedición. Pero ellos –los jueces– alegan a esto que tienen muchas ocupaciones y no dan lugar a poder hacerlo, y que por esto están forzados a usar de dicho arbitrio*¹⁶³.

Cuando la pena es cierta, bien sea pecuniaria, o capital, o corporal, con mutilación de miembro, o de azotes, o de otra manera, ha de aplicarse después de haber confesado el delito y fuera de la cárcel sacando al delincuente con fianzas. Si el delincuente no hubiese confesado, en tal caso se le debe dar sentencia antes de sacarle. Si la pena sentenciada fuese capital o corporal, o es debida a la falta de bienes, si ya no hiciese falta la prueba, si ya no hubiese que tormentar, o si la corte no estuviese instruida dentro de los cinco días que el fuero prescribe, entonces no debe ser sacado el delincuente de la cárcel hasta la sentencia. Cuando la pena fuere arbitraria, considerada la cualidad del delito, si el negocio pudiese llegar a pena corporal se ha de juzgar como se ha resuelto en la pena cierta, y si unos acusados estuviesen ausentes y otros presentes y se hubiese de pasar primero el proceso de ausencia contra los ausentes, se ha de guardar el mismo orden respecto a todos.

Prosigue Cerdán tratando los motivos de excarcelación, tanto en las causas civiles como criminales, los cuales podían ser, por gracia del rey, en virtud de fianzas, por composición, y por enfermedad grave.

[...] respecto a las causas civiles, las divido en dos partes. Una, cuando se pide la excarcelación pretendiendo no ser deudor de la cantidad que se pide. La segunda es confesando la deuda o constando de ella. Cuando se pide la excarcelación pretendiendo no ser deudor de la cantidad que se pide, si en ello hubiere dificultad alguna, mientras ésta se liquide debe ser sacado de la

¹⁶³ *Visita...*, cap. XIII.

*c. con fianzas de que asistirá a juicio siempre que fuere pedido. La razón puede ser porque el acreedor según disposición de derecho estaba satisfecho con tener al deudor en la cárcel por tener seguridad de su persona, y con tener las fianzas tiene la misma seguridad y aun en caso de que se fuese no pudiéndosele traer a juicio, tienen obligación las fianzas de pagar la cosa juzgada, no pudiendo tener queja. Esta fianza para que sea suficiente ha de poseer tantos bienes raíces que valgan la cantidad que se pide más los intereses y costas del pleyto, y en caso de que no fuese así bastaría tener muchos bienes muebles que no se pudiesen esconder con facilidad, dejándolo al buen arbitrio del juez, procurando asegurarse bien y no dejar el negocio sin seguridad. No bastaría en este caso caución juratoria por no ser suficiente*¹⁶⁴.

Aunque el deudor hubiera confesado la deuda o constare de ella con instrumento o de otra manera y que sobre ello hubiere condena, de ningún modo podría ser sacado de la cárcel con fianzas, pero podrá ser librado de ella pagando la cantidad por la que fuere preso (pues pagando la deuda se quita la obligación y con ella la acción que contra él tenía el acreedor). Si el deudor hiciese cesión de bienes por medio del cual es averiguado, sea también sacado de la cárcel si estuviere preso por deudas. Un tercer caso es si al deudor se le hubiesen concedido iudicias quinquenales o tuviere rescripto del rey concediéndole tiempo para pagar deudas, dentro del cual no se debe innovar cosa alguna..., y si alguna cosa se intentare contra esto encarcelando al deudor, habría de ser librado de la cárcel. Lo mismo sería si tuviese algún guíaje o salvoconducto.

En relación con las cusas criminales, Cerdán vuelve a dividir la materia en dos partes. La primera cuando al preso le libran antes de sentencia. La segunda, cuando la libranza se hace después de publicada. En el primer caso se suele hacer por composición de pena que se hace por el juez en caso permitido y también por medio de las fianzas que se dan cuando el preso se libra en fiado, o porque estén gravemente enfermos, o sean ancianos. En el segundo caso, después de dada la sentencia se suele absolver al acusado por no haber hallado culpa en él o por composición de la pena, y la que se hace graciosamente por particular merced de SM.

Concluye Cerdán en el último capítulo refiriéndose a lo que había de hacerse con los cadáveres de los presos ajusticiados estableciendo en aras a sus sentimientos filantrópicos y, en contra de los que opinaban que habían de ser expuestos al público para que sirvieran de ejemplo, que debían de recibir sepultura en lugar sagrado.

[...] Para conclusión del tratado de la Visita diremos algo de lo que se debe hacer de los cuerpos de los condenados a muerte. Los doctores dicen que aunque el beneficio de la sepultura sea muy grande y que por derecho al que se le ha librado el sacramento de la penitencia no se le puede negar el dicho beneficio de la sepultura y que a los condenados a muerte no se les puede quitar el dicho beneficio del sacramento de la penitencia aunque hubiesen cometido grandísimos delitos. No obstante, en estos tiempos, no se suele conceder

¹⁶⁴ *Visita...*, cap. XIV.

por los jueces sepultura a los cuerpos de los sentenciados y condenados a muerte si no fuere pedido, y aun pidiéndolo en delitos graves y atroces, no se les concede el tal beneficio de la sepultura, dejándolo al buen arbitrio del juez por razón del ejemplo que de ver los cuerpos de los condenados se saca ¹⁶⁵.

Y con esto queda concluido y acabado el tratado de la *Visita* de la cárcel y de los presos.

V. SIGNIFICACIÓN DEL AUTOR Y DE LA OBRA

Como es propio de un jurista formado en el *ius commune*, Cerdán entiende el derecho en todas sus parcelas como un instrumento para la paz de la república. En relación con derecho penal penitenciario su pensamiento jurídico de transición característico que se debate entre una concepción medieval y moderna reflejándose tal ambigüedad en su idea de la cárcel, teóricamente alineada con los criterios derecho romano y las Partidas, que rechaza todo lo que no sea prisión preventiva, custodia y prisión perpetua, pero que observa que en la práctica las cosas no son tan claras pues cada vez son mas frecuentes por parte de los tribunales reales las condenas a galeras o a presidios, que son sinónimo de pena de muerte.

En contra de lo que comúnmente se ha afirmado el propósito de Cerdán, de cuya carrera política aún hoy se desconocen algunos matices, no fue el ejercicio de la caridad ni el cuidado de los pobres encarcelados, sino el establecimiento de un modelo carcelario general e invariable, objetivo y racional, acorde con la administración de justicia real. Consideró la cárcel una institución nuclear para la buena administración de justicia que a la sazón tiene como vertientes principales dar a cada uno lo que es suyo y castigar a los malhechores por sus delitos, sirviendo ello no sólo para dar satisfacción a la parte, sino también para aprovechar el ejemplo que se saca del castigo. Imprimió, por tanto, a sus planteamientos la necesidad de que el sistema carcelario fuera un instrumento útil a la república atendiendo a la necesidad del orden y a la justicia del castigo que encuentra la justificación de su existencia en la necesidad que la sociedad tiene de defenderse de los delincuentes. Por ello, propone una reglamentación de la cárcel en armonía con el servicio público que presta, sin abordar la ruptura con los planteamientos medievales tradicionales que no necesita retocar, pero manejando simultáneamente tres planos normativos que pretende armonizar: el derecho romano-canónico, el derecho del rey, y el derecho del reino y de la ciudad de Valencia recogido en los Fueros de Valencia, que constituye un derecho privilegiado más pragmático que los anteriores, aunque más operativo en distancia corta ¹⁶⁶, en el que sigue teniendo un gran valor la

¹⁶⁵ *Visita...*, cap. XVI.

¹⁶⁶ Los hechos punibles merecedores de cárcel del régimen general se incrementan considerablemente con los contemplados en el derecho valenciano.

costumbre como fuente de creación y que es reputado por él como un derecho secundario respecto a los anteriores.

Se decanta inequívocamente por la superioridad de la jurisdicción real frente a cualquier otra jurisdicción, principalmente frente a la señorial, e incluida la eclesiástica que resulta muy limitada frente a la primera pues, aunque existen casos en los que el juez eclesiástico puede conocer en relación a las personas seglares (e incluso hasta llegar a prenderlas y encarcelarlas, si el delito fuese *mixta foro*), en Valencia la inmunidad eclesiástica está fuertemente limitada, tanto por lo que se refiere a los casos ¹⁶⁷, como por lo que se refiere a los lugares ¹⁶⁸.

A lo largo de los 16 capítulos de que se compone la obra, basado en su experiencia como juez visitador y haciendo gala de una amplísima formación clásica, esencialmente cristiana, Cerdán confronta teorías, reglamentos y prácticas en materia de encarcelamientos y las condiciones de vida en las prisiones. También denuncia los abusos de negligencia y venalidad que aquejaban al sistema y que él mismo ha constatado en Valencia. Por ello convencido de que hacía falta aconsejar a los presos y a sus custodios y a los jueces, en lo relativo a la ciencia penitenciaria, definió un nuevo modelo en el que deberían de inspirarse las cárceles reales.

Con ello Cerdán se adelantó en España cerca de dos siglos a John Howard, considerado el precursor de la ciencia penitenciaria, formulando desde un plano doctrinal y práctico un pensamiento muy adelantado a su tiempo, en el que se establecen normas para la construcción de cárceles acordes con la importancia de la función que desempeñan, se reclama objetividad, racionalidad e invariabilidad en la administración de justicia y aunque no se niega el valor de la equidad se manifiesta la necesidad de limitarle a base de la objetividad de la ley y su correcta aplicación, plantea un sistema de garantías para los presos que contemplara rapidez y eficacia en los procesos y una cierta correspondencia entre el delito cometido y la pena sentenciada, así como la defensa gratuita de los acusados pobres y las condiciones que habrían de reunir los alcaides, etc. En definitiva, sienta las bases de un derecho penitenciario cuya naturaleza y contenido se desvinculan abiertamente de un orden meramente represivo, y que emparenta con la formulación reformista que más tarde alcanzará en la Ilustración.

La *Visita*, obra esencialmente jurídica, constituye un testimonio definidor de la realidad jurídica de su tiempo al ser una recopilación abreviada completa que contiene aunque de forma desordenada todos los elementos de un tratado completo de derecho penitenciario. Gozó desde su primera edición de extraordinario prestigio confiriendo una gran importancia a su autor, dentro y fuera de

¹⁶⁷ En Valencia los casos en que no se goza de tal inmunidad son crimen de laesa majestad, herejía notoria, los que cautivan cristianos y los llevan a tierra de moros o llevan armas a los mismos, el sodomita, el falsador de moneda, el homicida a traición, el salteador de caminos, el adúltero aunque este caso suscita dudas...

¹⁶⁸ A las Iglesias mayores de cada lugar y en la ciudad de Valencia a la Iglesia de San Vicente mártir y al palacio del arzobispo.

Valencia. De entre las obras contemporáneas con las que se alinea, la *Visita* destaca por ser la más completa, la más científica y la más orgánica. La influencia de su doctrina precursora se tradujo pronto, gracias a los cargos que desempeñó su autor, en preceptos obligatorios ya recogidos en la Nueva Recopilación de Felipe II, y en la Novísima Recopilación de Leyes de Indias ¹⁶⁹, cuerpos normativos donde ya se incluye abiertamente el sostenimiento de los presos y de las cárceles y se prohíben las exacciones indebidas, se procura la higiene de las cárceles y se atiende a su régimen interno.

Se trata, por tanto, de una obra precursora menos conocida en nuestros días de lo que merece.

REGINA M.^a PÉREZ MARCOS

¹⁶⁹ Véase con relación a este aspecto LASALA, G.: «La cárcel en nuestras posesiones de Indias», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 7 (octubre de 1945), pp. 31-33.

Les elites du pouvoir; haute noblesse et gouvernement des territoires en France (1515-1715)

A Louis Caillet,

UNE TIPOLOGIE DU POUVOIR

Le développement des écoles et des méthodes de recherche scientifique ont permis, ces dernières décennies, l'incorporation de la sociologie et de l'anthropologie dans l'histoire générale et dans l'histoire du droit en raison de l'utilisation de certaines de leurs théories et méthodes. L'enseignement de la sociologie historique qui, selon le professeur Jean Gaudemet, dans son ouvrage *«Sociologie historique, les Maîtres du Pouvoir»*, débuta dans les années 1950 au sein de la faculté de droit de l'Université de Paris, à l'initiative d'Henri Lévy-Bruhl et de Gabriel Le Bras, permit, outre l'élaboration de méthodes d'un grand intérêt pour la réalisation de travaux scientifiques et académiques, de tirer parti de la convergence des diverses disciplines.

Les travaux de Max Weber portant sur l'histoire des groupes sociaux, contribuèrent grandement à élaborer une typologie du pouvoir et de nourrir l'analyse des structures politiques et sociales. Dans l'ouvrage mentionné, le Professeur Gaudemet reprend cette analyse pour sa première étude intitulée *«Pouvoirs et groupes dirigeants»*, où il examine de nombreux concepts tels que le pouvoir et la puissance, l'autorité et le prestige, l'obéissance et les moyens d'action du pouvoir, et où il dédie quelques pages importantes à l'élite du pouvoir. Le professeur Gaudemet se fonde également sur les travaux classiques des premiers théoriciens de l'élite, de

Comte à Mosca, en passant par l'élite sociale de Pareto et la division dualiste de Michels, qui divise toute société en deux parties, l'élite et la masse.

Il faut souligner au sein de la deuxième partie dudit ouvrage, l'articulation d'une recherche sur le «*Groupes sociaux et Pouvoir politique en France depuis le début du XIX^{ème} siècle*» afin d'analyser dans cette phase si importante de l'histoire, l'apogée et le déclin de la figure des Notables et l'apparition des nouveaux groupes dirigeants dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle. La lecture de ces pages permet ainsi de développer l'analyse des élites du pouvoir comme faisant partie de l'histoire politique, juridique et institutionnelle.

Par ailleurs, au cours de ces dernières années, une vaste historiographie a été élaborée sur le patronage et la clientèle dans différents travaux des années 1980, tels ceux de S.N Eisenstadt, L Roniger, R. Kaufman, E. Gellner, C. Roso, V. Morgan, etc.

Le travail que je présente, a toujours, en tant qu'historien du droit, occupé mon esprit. Mes premières années d'études ont été consacrées au système de gouvernement du royaume de Castille et m'ont permis de m'attacher plus particulièrement aux relations entre les élites du pouvoir et l'administration médiévale du royaume. Alphonse X le Sage avait, en effet, réuni, au milieu du XIII^{ème} siècle les grands clefs de l'administration centrale et territoriale, dans ses ouvrages «le Code des Sept Parties» (*El Código de las Siete Partidas*), et «*Speculum*» (*Especulo*), le Miroir des Lois. Grâce à ces ouvrages et aux actes de nomination ainsi que tout document écrit relatif à ces offices, l'on peut déterminer le contenu des offices.

Il m'intéressait également de connaître les personnes qui occupèrent les grands offices, tant à la cour qu'à la Maison du roi ou à la chancellerie royale ainsi que les responsables des gouvernements des cinq territoires composant le grand royaume, la Castille, le Léon, la Galice, l'Andalousie et la Frontière. Plus tard, par la publication d'un travail, «*Sociologie du Pouvoir, Castille, s. XIII-XV*», s'attachant aux titulaires des grands offices du royaume, j'ai publié une partie des résultats de cette première recherche mettant en évidence les origines de la patrimonialisation des offices médiévaux détenus par la grande noblesse de Castille.

Dés lors, il apparaissait que ce processus mettant en rapport la noblesse du royaume de Castille et de Léon avec l'administration centrale et territoriale du royaume de Castille, se poursuivait sous le règne des Habsbourgs et que ces grands lignages formaient le tissu de l'administration territoriale de «l'empire universel» pluriel, ou «empire espagnol». Au début de l'actuelle décennie, je me suis penché sur le gouvernement au temps du règne de la Maison d'Autriche, prenant la mesure du rôle de la noblesse de Castille dans les territoires d'Italie, Naples, Sicile, Sardaigne et Milan, ainsi que dans la vice-royauté de Catalogne.

J'ai présenté ce travail accompagné d'une description, sous forme d'annexe, du gouvernement des provinces françaises depuis François I jusqu'à Louis XIV, afin d'établir les éléments essentiels de cet important processus que fut l'occupation du gouvernement des provinces, surtout à travers la figure des

Duchés Pairies de France. Ma prétention en ce moment n'est pas de réaliser un travail définitif sur cette matière, mais seulement de diriger une réflexion sur les institutions comparées et, tout particulièrement, sur l'équivalence des figures des *Duchés Pairies* et des *Grands d'Espagne*, qui intéressèrent tant Philippe d'Anjou, Philippe V d'Espagne.

En tout cas, et nous allons le montrer, il ne faut pas négliger le rôle que les princes du sang et les *Duchés Pairies* ont dans l'articulation du système de gouvernement territorial de la France de l'Ancien Régime, phénomène important pour les lignages tels que les Montmorency, les Ventadour-Lévis, les Épernon-Nogaret, les Aumont, les Estrées, les Elboeuf, etc. une image de la France diverse dans l'Ancien Régime.

I. LA GRANDE NOBLESSE D'ESPAGNE

I.1 L'ORIGINE DES GRANDS D'ESPAGNE (1520)

La plus illustre noblesse du royaume de Castille et des autres royaumes et territoires de la Péninsule ibérique et, singulièrement, celle de Catalogne, d'Aragon et de Valence, a obtenu, à l'époque de l'empereur Charles Quint, un rang supérieur avec le titre de «*Grand d'Espagne*» titre qui constitua la première catégorie de la hiérarchie nobiliaire espagnole. Le nom de Grand d'Espagne avait été employé à quelques occasions au cours du XV^{ème} siècle, mais son articulation institutionnelle ne fut effective qu'à l'époque de Charles Quint.

La Grandesse d'Espagne se *forma comme la plus haute dignité honorifique que pouvait recevoir un vassal de la monarchie espagnole*, «la première de nos dignités séculaires», selon les textes de l'époque. Une telle distinction permettait à celui qui la recevait de faire partie d'un groupe réduit et exclusif qui se plaçait au sommet de la pyramide sociale, et à proximité du monarque.

Les Grands d'Espagne acquièrent de notables privilèges dans le cérémonial, comme celui de ne pas se couvrir à l'intérieur du port royal ou à l'audience que le roi leur donnait. On ne sait pas avec précision les origines de cette dignité et on se réfère généralement à la distinction de Grands que Charles Quint donna à l'occasion de son couronnement à Aix-la-Chapelle, le 22 octobre 1520.

La grande suite où se trouvaient des princes aux titres les plus divers, des chevaliers de la Toison et des hauts dignitaires, incita le roi à distinguer comme Grands les personnages les plus significatifs de la noblesse castillane, les rendants héréditaires ensuite.

Cette circonstance est explicitée par Alonso Carrillo de la manière suivante. Charles Quint avait reçu à Aix-la-Chapelle des plaintes de la noblesse allemande car les nobles castillans se couvraient devant le souverain dans les actes officiels, coutume réservée seulement aux princes électeurs et à quelques autres princes de l'empire, mais dont était exclue la majeure partie des ducs et des titres d'Allemagne et de Bourgogne. Ces nobles informèrent l'empereur

qu'ils n'assisteraient pas au couronnement en présence des nobles castillans couverts et, pour l'éviter, Charles Quint fit dire aux nobles castillans, par l'intermédiaire du duc d'Albe, que tant que dureraient les actes officiels ils ne demeureraient pas couverts et, quelques jours après le couronnement, Charles Quint permit à quelques nobles espagnols de se couvrir en sa présence, recevant le traitement de parents «cousins» du monarque.

Il n'existe aucune source documentaire de cette décision et lorsque Philippe V décida, en 1700, de faire équivaloir les titres de Grand d'Espagne et de Duc Pair de France, une recherche de références documentaires sur la création des Grands d'Espagne ne donna aucun résultat. De telle manière que c'est transmise la croyance que Charles Quint créa un nombre de vingt-cinq Grandesses d'Espagne, en 1520.

Une référence obligée de l'historiographie devenue la base des études nobiliaires est la notice de Fernández de Bethencourt, avec les vingt titres suivants:

- ducs de Escalona, Alburquerque, Infantado, Nájera, Alba, Frías, Medinaceli, Medina-Sidonia, Arcos, Segorbe, Villahermosa, Cardona, Gandía;
- marquis de Aguilar, Denia, Astorga, Priego et
- comtes de Benavente, Melgar, Lemos, Cabra, Ureña et Lerín.

Il est clair que dominait la grande noblesse castillane et, même, que quelques lignages comme les Manrique, les Zúñiga, les Osorio, les Córdoba, et les Aragon, étaient représentés dans leurs deux branches, faisant ainsi de la liste des Grands d'Espagne, celle de vingt familles avec vingt-cinq titres.

Il est également patent que les Grands d'Espagne sont avant tout des ducs, ce qui permet de déduire que la structure de la grande noblesse espagnole a atteint sa maturité lors du règne des Rois catholiques, puisque ceux-ci concédèrent la majeure partie des duchés: Infantado (1475), Segorbe (1476), Medinaceli (1479), Nájera (1482), Cardona (1482), Gandía (1483), Béjar (1485), Frías (1492), Arcos (1493), ainsi que quelques titres de marquis: Aguilar (1484), Denia (1484), Priego (1501) ou de comte, Melgar (1494). Plus de la moitié des lignages des Grands d'Espagne obtinrent leur titulature principale des Rois catholiques.

L'entente entre les Rois catholiques et la noblesse castillane se fit pour des nécessités politiques et militaires, soit lors de la Guerre de Succession, soit pour achever la Reconquête contre les musulmans, soit pour établir les bases de la politique extérieure. Il ne faut pas négliger la consolidation du pouvoir seigneurial à travers les concessions effectués par les Trastamares précédant les Rois catholiques, car ces derniers requièrent des serviteurs fermes et loyaux, capables de résoudre en faveur de la monarchie des situations difficiles et qui contribuèrent de façon décisive, au début du règne suivant, à gagner la guerre des *Comunidades* pour Charles Quint.

Il reste, enfin, à faire référence à l'important chapitre de la Toison d'or, convoqué par Charles I dans le cœur de la cathédrale de Barcelone, le 5 mars 1519, et où furent nommés chevaliers Fadrique de Toledo, duc d'Albe, Diègue López Pacheco, duc d'Escalona, Diègue Hurtado de Mendoza, duc de

l'Infantado, Iñigo de Velasco, duc de Frías, connétable de Castille, Álvaro de Zúñiga, duc de Béjar, Antoine Martínez de Lara, duc de Nájera, Ferdinand Ramón Folch de Cardona, duc de Cardona, Fadrique Henri de Cabrera, comte de Melgar et amiral de Castille et Álvaro Pérez Osorio, marquis d'Astorga.

Au chapitre suivant de l'ordre, célébré à Tournay, en 1531, la Toison d'or fut concédée, entre autres, à Ferdinand de Aragon, duc de Calabria, à Pierre Fernández de Velasco, troisième duc de Frías, à Francisco de Zúñiga, troisième comte de Miranda et lors du vingt-et-unième chapitre célébré à Utrecht, en 1546, la Toison fut concédée, entre autres, à Iñigo López de Mendoza, duc de l'Infantado, à Ferdinand Alvarez de Toledo, duc d'Albe, à Manrique de Lara, troisième duc de Nájera et à Pierre Fernández de Córdoba, quatrième duc de Feria.

Sans nul doute, le lien entre la Grandesse d'Espagne et la plus haute décoration, l'ordre de la Toison d'or, est de grande importance et, quant au chapitre de 1519, il renforce le rôle important que la grande noblesse castillane jouait déjà dans l'articulation politique de Charles Quint, en référence non seulement aux Rois catholiques, mais aussi à l'ensemble de l'empire.

Ultime rappel, parmi les privilèges et prérogatives des Grands d'Espagne, figuraient ceux de se couvrir devant le roi, de s'asseoir au cours de diverses cérémonies, de représenter le monarque aux mariages et aux enterrements et à certains actes, d'être traité de «cousin» ou d'«illustre cousin», de «seigneurie» et d'«excellence», de pouvoir orner dans leurs armoiries la couronne ducale, de ne pas être jugé par un quelconque juge ou tribunal sans une cédula signée par le monarque, le droit de *aposenso*, de participer seulement à la guerre en qualité de chefs, et de toutes sortes de privilèges luxueux et somptueux.

I.2 LES GRANDS D'ESPAGNE ET LE GOUVERNEMENT DE L'EMPIRE

La considération ponctuelle des Grands d'Espagne qui occupaient les vice-royautés et les gouvernements est très instructive. Ainsi à l'époque de Charles Quint, le duc de Albuquerque sera vice-roi d'Aragon et de Navarre, le marquis de Aguilar, vice-roi de Catalogne, le duc d'Albe, vice-roi de Naples, Antoine de Zúñiga lié aux ducs de Béjar et aux comtes de Miranda, vice-roi de Catalogne, le comte de Miranda, vice-roi de Navarre, le duc de Calabria, vice-roi de Valence, Ramón de Cardona, vice-roi de Naples, le duc de Gandía, vice-roi de Catalogne.

Cette structure des Grands d'Espagne occupant vice-royautés et gouvernements se perpétue avec la situation des Grands d'Espagne qui reçurent postérieurement cette titulature; ainsi, au cours du règne de Charles Quint, le troisième comte de Fuensalida fut gouverneur de Galice, le troisième marquis de Villafranca, vice-roi de Naples. Diègue Hurtado de Mendoza, comte de Saldaña, vice-roi de Navarre, le deuxième marquis de Móndejar, vice-roi de Navarre, le premier duc de Alcalá, vice-roi de Catalogne, le deuxième duc de Maqueda, vice-roi de Navarre et de Valence, le troisième comte de Tendilla,

vice-roi de Navarre, tout comme le premier comte de Alcaudete, le troisième marquis de Cañete, vice-roi de Pérou, etc.

De cette façon, et pour envisager seulement l'époque de Charles Quint, nous voyons clairement comment les grands lignages nobiliaires se sont placés à la tête du gouvernement des territoires de l'empire. C'est une constante qui se maintient au cours du règne des Habsbourgs; ainsi les ducs d'Escalona, lignage Pacheco, occupèrent diverses vice-royautés, le septième duc fut vice-roi de Nouvelle-Espagne et de Navarre, le huitième duc, vice-roi d'Aragon; les ducs d'Albuquerque -de la Cueva- furent vice-rois d'Aragon, de Navarre, de Catalogne, de Sicile et du Pérou (le troisième duc, vice-roi d'Aragon et de Navarre, le cinquième, vice-roi de Navarre, le sixième, vice-roi d'Aragon, le septième vice-roi de Catalogne et de Sicile, le huitième, vice-roi de Nouvelle-Espagne et de Sicile et, le neuvième, vice-roi du Pérou); les ducs de l'Infantado -Mendoza- furent vice-rois de Sicile (septième duc et le marquis de Montesclaros -Mendoza et Luna- vice-roi de Nouvelle-Espagne et du Pérou); les ducs de Nájera -Manrique de Lara-, furent vice-rois de Navarre, le deuxième duc, et de Valence, le quatrième duc; les marquis de Aguilar -Manrique- vice-roi de Catalogne le troisième marquis; les ducs d'Albe, vice-rois de Naples, troisième et cinquième duc, gouverneur des Pays-Bas troisième duc, vice-roi de Navarre septième duc et leurs familiers Ferdinand de Toledo, vice-roi de Catalogne, le marquis de Villanueva del Río, vice-roi de Navarre.

La relation serait interminable. Une considération précise comme celle que réalise ce travail et qu'ajoute la documentation dans les annexes, montre clairement l'importante participation des Grands d'Espagne à l'administration de l'empire à travers l'occupation directe des vice-royautés et gouvernements qui, parfois, sont transmises de pères en fils et, de ceux-ci, à des familiers.

Un autre facteur, bien plus significatif lors d'une seconde vision, est l'endogamie de la classe politique et sociale qui produit la cohésion des membres de ces grands lignages nobiliaires. Nous avons donné en annexe la relation des mariages des Grands d'Espagne qui justifient, dans de nombreux cas, la désignation de vice-rois et de gouverneurs à des époques déterminées. Il est même très intéressant de vérifier que ce système est parfaitement maintenu par les grands favoris des rois, notamment par le duc de Lerma et par le comte duc d'Olivares qui créèrent tous deux des factions au sein de la noblesse et un réseau de clientèles où figuraient leurs gendres et parents et, en tout cas, sauf cas d'hostilité déclarée, les grands titres du royaume.

Par ailleurs, il importe de référencer l'occupation des vice-royautés et des gouvernements par les Grands d'Espagne dont la concession est postérieure à 1520. La concession des titres varia de façon notable dans les règnes successifs des Habsbourgs et des Bourbons. À cet effet, la référence qu'offrent Atienza Hernández et Simón López est de grand intérêt et nous la reproduisons dans les tableaux et graphiques qui suivent. Cela est clairement perceptible à l'époque de Philippe III, quand se produit une avalanche de nouveaux titres, quelques uns liés aux grands lignages du royaume et d'autres incorporés également aux gouvernements et vice-royautés de l'empire.

I.3 LES VICE-ROYAUTÉS: ESTRUCTURE DU L'EMPIRE ESPAGNOL

Recevant une tradition qui débute avec les Rois catholiques et, plus loin encore, avec la Couronne d'Aragon, un système de vice-royautés et de gouvernements s'articule pour l'administration de l'empire universel constitué par Charles Quint à travers les royaumes et territoires reçus par transmission héréditaire de ses grands-parents paternels, Habsbourg et Bourgogne, et maternels, Aragon et Castille.

De telles vice-royautés et gouvernements allèrent de préférence aux Grands d'Espagne, constitués par les titres nobiliaires reçus par cette classe lors du règne de Charles Quint et de ceux de ses successeurs. Ainsi, depuis 1523, nous trouvons en Catalogne dans la longue liste des vice-rois les Zúñiga, Borgia, Manrique, Rivera, Toledo, Mendoza, Cárdenas, Cueva, Afán de Ribera, Girón, Pacheco, Guzmán, Enríquez, Velasco et, avec la même régularité, de tels lignages apparaissent dans les vice-royautés ibériques d'Aragon, de Valence, de Navarre, dans les vice-royautés italiennes de Naples, de Sicile et au gouvernement de Milan, dans le gouvernement de la Galice et dans les vice-royautés américaines de Nouvelle-Espagne et du Pérou.

C'est la structure sur laquelle repose, sans le moindre doute, l'empire espagnol. Cette structure est rendue compatible avec le système des Conseils, structure polysynodiale agencée au cours des règnes de Charles Quint et de Philippe II, avec les Conseils les plus anciens de Castille et d'Aragon puis des Indes, de Navarre, d'Italie, de Portugal, de Flandre plus les Conseils spécialisés selon la matière, finances, ordres, *Hermandad* et, surtout, le Conseil d'État. En deçà de cette structure, perdurent les structures de l'administration et du gouvernement, de la justice et des finances propres à chaque vieux royaume ou à chaque territoire, à la tête desquels se trouvent naturellement le représentant du roi.

Une fois l'empire universel de Charles Quint transformé en empire espagnol par Philippe II, celui-ci va confier aux Grands d'Espagne, aux grands nobles de Castille et des autres royaumes hispaniques, le gouvernement de tous les territoires de l'empire, mais aussi, et très significativement Philippe II va s'installer à Madrid, devenue capitale de l'empire à partir de 1561, et, faire de la Castille la colonne vertébrale dudit empire. Il n'y a pas de doute que la cohésion de l'empire est intimement liée à la structure déployée par les Grands d'Espagne au service du monarque dans les vice-royautés et les gouvernements.

Ce système se maintint, dans une grande mesure, avec les Bourbons, même si une part importante de l'empire fut perdue à l'issue de la Guerre de Succession et que le pouvoir politique s'affaiblit avec la création des intendants qui, à l'imitation du modèle français, furent institués en Castille, au Pays-Basque, en Navarre, dans la Couronne d'Aragon et dans les territoires d'Amérique.

Les Intendants finirent par détenir les pouvoirs des vice-rois et gouverneurs et absorbèrent une grande partie des fonctions de la structure de l'administration inférieure au service de la monarchie centralisée en tant que chefs des divisions

administratives, judiciaires, militaires correspondantes et, dans une certaine mesure, économiques et financières. Mais ce dernier phénomène qui embrasse la dernière phase de l'empire espagnol, celle du XVIII^{ème} siècle, sert de contre-point à un temps antérieur où les véritables acteurs de la vie politique de l'empire furent les vice-rois et les gouverneurs au service de la monarchie catholique, de l'empire espagnol des Habsbourgs.

II. LA GRANDE NOBLESSE DU FRANCE

II.1 L'ARTICULATION ET LE GOUVERNEMENT DU ROYAUME DU FRANCE

Il peut être réalisé une comparaison ou du moins une considération similaire quand au gouvernement des provinces de France, puisque ces provinces se distinguent d'un point de vue géographique, politique et juridique. Au XV^{ème} siècle, il existe une douzaine de territoires, ce nombre augmentera au cours des XVI et XVII^{èmes} siècles. L'examen de la relation de la Grande Noblesse d'Espagne et de l'administration de l'Empire permet d'observer le rôle joué par les élites du pouvoir dans un système qui, sans doute, contient beaucoup de parallélismes avec le gouvernement des territoires des Royaumes.

La grande monarchie de France selon les termes employés par Claude de Seyssel, trouvera dans les gouvernements donc dans les territoires de France un grand instrument technique et politique permettant la structure unitaire du Royaume. Ce sera même un important appui personnel à la structure de l'état moderne de France et à l'articulation de la politique absolutiste du pouvoir royal à travers les Duchés-pairies et la noblesse de France qui en majorité seront titulaires des gouvernements de ces territoires.

La formation historique de la France sera à l'origine de la similitude des situations dans certains territoires, en effet ces derniers sont dotés d'assemblées représentatives. M. Bordes présenta d'ailleurs une liste de quinze Etats provinciaux, onze Etats particuliers, des sous ensembles provinciaux et un nombre indéterminé d'Etats de baillage et de seigneuries.

Traditionnellement, l'on distingue une «douzaine de gouvernements du XVI^{ème} siècle qui assurent le soubassement géographique de la nation: Lyonnais, Languedoc, Guyenne-Gascogne, Picardie, Dauphiné, Bourgogne, Provence, Bretagne, Bourbonnais, Auvergne, Orléannais, Saintonge-Aunis, Limousin et Marche, Berry, Touraine, Poitou. A la fin de l'Ancien Régime, on compte quarante gouverneurs de province; à la liste précédente se sont ajoutées les provinces conquises: Flandre, Hainaut, Artois, Metz, Verdun, Toul, Lorraine, Alsace, Franche-Comté, Roussillon, Navarre-Béarn, Corse».

Jusqu'à la Révolution Française, la formation territoriale de la France, la constitution des unités territoriales historiquement diverses affecte l'Histoire de toutes les Institutions telles les assemblées territoriales mais aussi et surtout les institutions les plus variées. La formation des gouvernements et

l'articulation politique de ces territoires, la monarchie et le reste des institutions de l'Etat sont touchées indirectement.

Un court résumé de ce qui est suffisamment connu nous amène à rappeler de quelle manière la monarchie française incorpore progressivement les différents territoires depuis les grandes acquisitions de Philippe III et Philippe IV comme la Champagne, le Poitou, La Marche, une partie du territoire de la Guyenne aux évolutions postérieures marquées par l'impulsion décisive de la fin du XV^{ème} siècle et du XVI^{ème} siècle et enfin par les dernières résistances féodales et la disparition des grands fiefs des Princes de la maison de Valois puis d'autres fiefs.

Dés le règne de Louis XI, le processus qui conduit à l'unité territoriale se produit par l'incorporation du Maine et de l'Anjou, du Duché de Bourgogne, de la Picardie, de la Provence. François I incorpore la Bretagne, les territoires des Valois, le Bourbonnais, l'Auvergne, Henri II, une partie de la Lorraine et enfin Henri IV, la Basse Navarre, le Béarn, Foix, la Bresse et d'autres territoires seigneuriaux. Ce processus d'incorporation s'achèvera tout comme celui de la conquête des frontières sous les règnes de Louis XIII et Louis XIV:

Dans le courant du XVI^{ème} siècle et au début du XVII^{ème} siècle, les Etats de Baillages, de Seigneuries et d'Etats provinciaux (Bourbonnais, Limousin, Marche, Auvergne, Périgord, Armagnac, Comminges, Normandie, Dauphiné) disparaissent, ne demeurent actifs que les Etats de Bourgogne, Languedoc, Provence, Flandre, Artois et Cambrésis, Bugey et Bresse qui conservèrent des Etats particuliers.

Tout ce processus de formation de la France déterminera le nombre de territoires au sein desquels se développera l'institution des Gouverneurs de province qui sous Louis XIV, période correspondant à la fin de la période examinée dans cette étude, s'est généralisée passant de 11 gouvernements à 39 à la fin du XVII^e siècle.

L'origine des gouverneurs est ancienne et son étude ébauchée pour l'époque moderne par G. Zeller, R. Mousnier et R. Harding n'est pas suffisamment connue. Les auteurs de Traités comme Tillet, Pasquier et Loyseau se réfèrent à une telle institution liée à la grande aristocratie de la France.

Son origine territoriale est inégale, l'on trouve des gouverneurs à Ponthieu en 1340, dans le Dauphiné en 1361, en Guyenne en 1369, à La Rochelle et en Pays d'Aunis en 1372, en Champagne en 1390, à Nouzon en 1399, dans l'Armagnac en 1444, dans le Roussillon et le Lyonnais en 1462, en Ile-de-France en 1465, en Normandie en 1469, en Provence en 1481 et en Picardie en 1504. Parfois cette charge est associée à celle de Sénéchal.

Comme nous le signalions auparavant, les territoires sont distincts. La fonction de gouverneur devient générale puisque ce dernier se voit attribuer un rôle politique avec des fonctions militaires, financières et d'administration générale.

Robert R. Harding se réfère à différentes époques de l'histoire du gouvernement en France au cours desquelles l'on commence à employer le terme «gouverneur» aux alentours de 1330 en Limousin, à Lille, en Auvergne, en

Touraine, à Tournai et dans le Boulonnais, dans le Maine, à Orléans, etc. Ces premiers gouverneurs ont principalement une fonction militaire avec un caractère plus provincial en Dauphiné (1361), en Guyenne (1369), en Champagne (1390), dans le Lyonnais (1462 ou 1463), en Ile-de-France (1465), en Normandie (1469) et en Picardie (1504).

Finalement, les gouverneurs apparaissent dans les territoires connaissant un vide politique au sein de leurs structures administratives, par exemple dans les *apanages* qui reviennent à la Couronne, et dans d'autres territoires d'importance stratégique comme la Picardie qui se voit dotée en 1504 d'un gouverneur, il en sera de même pour le Languedoc, le Dauphiné, etc.

L'origine des gouverneurs est variée et complexe, mais il est clair que les gouverneurs deviennent les principales autorités des territoires ce qui leur permet d'atteindre l'apogée à la moitié du XVI^{ème} siècle avec la qualification de «lieutenant général et gouverneur».

Avec de tels précédents se généralise la figure des gouverneurs dès la seconde moitié du XVI^{ème} siècle. En 1515 se produit la renaissance du système des gouverneurs dont la première phase s'achèvera en 1560. Au cours de cette première période apparaissent les grands gouverneurs parmi la famille royale Bourbon-Vendôme, Alençon, Montpensier et les grandes lignées Lorraine,-Guise, Montmorency, etc. Ces personnages ainsi que les gouverneurs suivants seront liés aux monarques, aux circonstances de l'histoire politique et religieuse, puis à la figure des *duchés-pairies* qui ainsi parvient à se développer.

II.2 LA NOBLESSE DE FRANCE ET LA FORMATION DES DUCHÉS-PAIRIES

L'histoire de la noblesse et de son organisation en duchés, comtés pairies, etc, a pour origine le Moyen Age puisque le premier document qui l'évoque date de 1216 et est relatif à un jugement réglant le différend entre Blanche, comtesse de Champagne et Erard de Brienne qui se disputaient le comté de Champagne. Ce jugement, auquel assista le roi, fait apparaître les *Paribus regni nostri* -pairs de notre royaume.

L'origine la plus lointaine de la noblesse française antérieur à 1216 correspond à la domination romaine en Gaule, l'on y distingue un schéma politico-juridique à travers les figures de proconsul, magistrats militaires, capitaines, tribuns, légats. Ces charges sont similaires à celles exercées par les gouverneurs de provinces aux XVI et XVII^{èmes} siècles.

Plus tard, au XIII^{ème} siècle, la composition du corps des Pairs de France est fixée à douze nobles, six membres du clergé et six laïques. Ainsi en ce qui concerne la hiérarchie de l'Eglise: les duchés de Reims, Laon et Langres, les comtés de Beauvais, Châlons, Noyon. Quand à la hiérarchie laïque: les duchés de Bourgogne, Normandie et Guyenne, les comtés de Toulouse, Flandres et Champagne.

Par la suite, des documents datant de 1275 démontrent que la structure des pairs de France se modifie ceci étant du au changement d'état des nobles –du

civil au religieux– et à la succession nobliaire. Dès 1505 le nombre de Pairs de France croît considérablement lorsque l'on distingue les pairs, non pas selon le critère laïque ou ecclésiastique, mais selon le titre détenu (duc, comte ou baron). Cette évolution permet qu'en 1588 existent quarante six ducs et pairs, sans prendre en compte l'institution des gentilshommes apparut avec l'érection du duché-pairie de Montmorency en 1551.

Mais, outre cette approche historique, il est nécessaire de souligner la formation de la noblesse française des ducs et pairs, élevés à ces dignités existant au XVII^{ème} siècle. En 1588, l'on distingue les onze princes capétiens Ducs et Pairs, dont huit appartiennent à la lignée des Bourbons. La figure se détachant le plus est celle de Henri de Navarre, futur Henri IV, sans oublier non plus ses cousins bourbons des lignées de Condé, Conti, Soissons et Montpensier.

En outre, d'autres princes capétiens d'origine illégitime tels que Diane, fille naturelle de Henri II ou Henri d'Orléans, duc de Longueville, descendant de Jean d'Orléans, comte de Dunois, fils naturel de Louis de France, second fils du roi Charles VI, sont à considérer.

Une fois structuré, le groupe des princes capétiens, fut établi celui des princes étrangers issus de six familles prestigieuses comme celles de Clèves, Savoie-Nemours, Luxembourg et leurs branches respectives de Piney, Penthièvre et Brienne, Gonzague-Nevers, Lorraine établies dans les duchés -pairies de Guise, Amiens, Aumale, Elboeuf et Rohan. Ces familles au passé glorieux comparable à certaines étapes vécues par les Capétiens du moins quand à l'exercice d'une véritable souveraineté territoriale.

Au sein du groupe formant le groupe des gentilshommes, apparaissent onze familles à la fin du XVI^{ème} siècle, classées selon l'ancienneté de leur titre de duché-pairie: Montmorency (1551), Crussol d'Uzès (1565 et pairie dès 1572), Gondi-Retz, Nogaret d'Épernon, Châteauneuf-Randon de Joyeuse - toutes trois datent de 1581, Hallwin (1587), Il faut ajouter à cette liste cinq familles qui n'obtinrent que le titre de duc parmi lesquelles l'on distingue La Marck-Bouillon (1552), Scepeaux-Beaupréau (1580), La Trémoille-Thouars (1563), Gouffier-Roannez (1566) et Levis-Ventadour (1578).

Tout comme les princes, les ducs-pairs gentilshommes de la fin du XVI^{ème} siècle occupent de hautes fonctions telles que le gouvernement de provinces, les grands offices de la Couronne, notamment comme cela est le cas de la lignée de Lévis avec Gilbert de Lévis, duc de Ventadour, gouverneur du Lyonnais, du Forez et du Beaujolais ou Jean-Louis de Nogaret, duc d'Épernon, premier gentilhomme de la Chambre Royale, amiral de France et colonel général de l'infanterie française.

Par ailleurs, le traitement du Duc et Pair au XVI^{ème} siècle est différent. La majorité n'appartenait pas à des grandes familles. L'on prendra d'ailleurs même en compte les victoires militaires par lesquelles un certain nombre de nobles et de ses familles obtinrent ce titre de duché-pairie. Pour cette raison, de 1589 à 1715, date de la mort de Louis XIV, trois -cent -quatre -vingt- seize personnes appartenant à cent-treize familles et possédant cent-trente-deux dignités se virent accorder les titres de duc ou pair.

Les lignées les plus illustres des XVII-XVIII^{èmes} siècles, sont, entre autres, Sully (1609), Lesdiguières (1611), Luynes (1619), Chaulnes (1621), Arpajon (1650), Orval (1652), Randan (1661), Saint-Aignan (1663), Aumont (1665), Roannais (1667), Charost (1672), Boufflers (1708), Hostun (1715). Comme nous l'examinerons plus tard avec détail, en nous référant amplement aux principaux lignages des ducs pairs de France, ce furent ces derniers qui eurent à leur charge la responsabilité historique du gouvernement des provinces au cours de l'ancien régime.

Ainsi, s'articule un tissu énormément significatif du rôle que joua la noblesse dans la formation de l'Etat moderne et dans l'harmonisation des anciens territoires au service de l'unité politique de la couronne, incarnée dans la monarchie absolue des rois de France.

II.3 LE GOUVERNEMENT DES PROVINCES DE FRANCE PAR LA FAMILLE ROYALE ET LES PRINCES DE SANG (1515-1715)

La prééminence de la famille royale et des princes de sang au sein du gouvernement des provinces du royaume de France était conforme au droit et aux usages de l'époque comprise entre 1515 et 1715. Jusqu'au règne de Henri III, les princes de sang ne furent titulaires d'aucun titre particulier- Henri III permit à ces princes de sang royal de voir leur rang élevé. Néanmoins, il ne put leur accorder que la pairie de naissance avec la préséance sur les autres pairs, selon Saint- Simon *«par la feinte ancienneté de leur pairie de sang tiré de celui de Hugues Capet»*. La famille royale et les princes de sang apparaissent au sein des gouverneurs, des rencontres officielles, des cérémonies de cour et des assemblées.

Les princes de sang rejoindront le Parlement avec ce même rang et ce par ordre exprès de Louis XIV puis. À leur tour les princes étrangers, les ducs et pairs gentilshommes par le règlement approuvé en 1711. Différents édits –1694, 1711, 1714 et 1715– disposèrent également que les princes légitimés, élevés au même rang que les princes de sang devenaient gouverneurs, ce en raison de la beinveillante attitude de Louis XIV envers ses enfants naturels. Ainsi le gouvernement des provinces du royaume de France est organisé, sa structure se déploie autour de la Famille Royale, les princes de sang, les princes étrangers et les princes légitimes.

Maison de Valois

Marguerite de Valois, Duchesse d'Angoulême. Elle est la Reine Margot. Gouverneur de Bourbonnais (?-1619).

Louis-Emmanuel de Valois, Duc d'Angoulême. Gouverneur de Provence (1637-1653).

La Maison de Valois occupe une place principale parmi les Princes de sang. La figure principale est François de Valois, fils d'Henri Dauphin, Gouverneur de Languedoc, qui sera roi entre 1559 et 1560 sous le nom de François II.

Un des titres les plus significatifs est celui de Duc d'Angoulême attribué au Prince Charles, fils illégitime de Valois, comte d'Auvergne (1573-1650). Comme Duchesse d'Angoulême figure Marguerite de Valois, Gouverneur de Provence et Bourbonnais (1619), et Louis-Emmanuel de Valois, deuxième duc d'Angoulême (1596-1653), gouverneur de Provence, colonel général de la cavalerie légère.

Duc de Vendôme

- Charles de Bourbon, Duc de Vendôme. Gouverneur de Paris (1515-1519) (1513-1526).
- César de Bourbon, Duc de Vendôme (1594-1665). Gouverneur de Bretagne (1598-1626). Gouverneur du Lyonnais (1607-1612).
- Louis de Bourbon-Vendôme, Duc de Vendôme (1612-1669). Épouse Laure Mancini, nièce du cardinal Mazarin. Gouverneur de Provence (1612) (1653-1669).
- Louis de Bourbon, Duc de Vendôme (1655-1727). Gouverneur de Provence (1655) (1669-1712).
- Louis-Joseph de Bourbon, duc de Vendôme (1655-1727). Gouverneur de Provence (1655) (1669-1712).

En second lieu, parmi les Princes de Sang, apparaît la Maison de Bourbon, à travers la personne du Duc de Vendôme. Le Duc de Vendôme -Bourbon-, Gouverneur de Bretagne, Provence et Lyonnais. L'origine du Duché de Vendôme se trouve dans la descendance de la Maison de Bourbon. Le premier duc de Vendôme, Charles de Bourbon (1489-1536), est le fils de Charles de Bourbon (1470-1495) et de Marie de Luxembourg. Il dirigea le conseil de France lors de l'emprisonnement de son cousin, le roi François I. Plus tard, il est nommé gouverneur de Paris de 1515 à 1519, il est remplacé en 1519 par François de Bourbon, comte de Saint Pol, mais récupère ce gouvernement en 1523 et ce jusqu'en 1526.

Antoine de Bourbon (1518-1562), fils de Charles de Bourbon et de son épouse Françoise d'Alençon, obtient à son tour ce gouvernement,. En 1555 il est roi de Navarre et lieutenant général du royaume de France pendant la minorité de Charles IX. Il épouse à Moulins le 20 octobre 1548 Jeanne d'Albret, princesse huguenote et fille du roi de Navarre Henri d'Albret. Il leur naît un fils, Henri IV, roi de France et de Navarre. Fruit de la relation illégitime de Henri IV et Gabrielle d'Estrées, César de Bourbon (1594-1665) devient duc de Vendôme. En 1598, Henri IV le légitime et lui accorde le titre de Pair de France puis plus tard Prince de Sang. De 1598 à 1626 il intervient dans le complot de Chalais à la suite duquel il est emprisonné à Vincennes tout comme son frère Alexandre, grand- prieur de Vendôme (1599-1629). Après la mort de Richelieu il obtient l'appui du cardinal Mazarin.

En 1607, il devient gouverneur du Lyonnais, après Philibert de la Guiche, jusqu'en 1612. Son fils, Louis de Bourbon-Vendôme lui succède au sein du duché de Vendôme. Il est même, mais pendant une courte période en raison des

désaccords entre son père et le cardinal Richelieu, gouverneur de Provence en 1612. Pendant la guerre de la Fronde, il gagne la confiance du cardinal Mazarin à Cologne en 1651 en épousant Laure de Mancini, petite nièce du Cardinal. De 1653 à 1669 il gouverne la Provence. Puis, après le décès de son épouse, il rejoint l'Église et est nommé Cardinal par Alexandre VII en 1667. Le duché de Vendôme sera par la suite dirigé par Louis Joseph de Bourbon (1655-1712) auquel son père, Louis de Bourbon, accorde le gouvernement de Provence en 1655, puis de 1669 à 1712 à la mort de ce dernier.

Duc de Montpensier

- Louis de Bourbon, Duc de Montpensier. Gouverneur de Bretagne (1569-1582). Gouverneur de Dauphiné (1565-1567).
- François de Bourbon, Duc de Montpensier. Gouverneur de Normandie (1588-1592).
- Henri de Bourbon, Duc de Montpensier. Gouverneur de Normandie (1592-1608).

Le premier duc de Montpensier de ce siècle est Louis de Bourbon, gouverneur de l'Anjou, de la Touraine, du Maine, du Perche, du Vendomois, du Loudunois, des comtés de Blois et Laval et de la ville d'Amboise.

Malgré l'appui de son épouse, Jacqueline de Longwy (?1561), aux calvinistes, Louis affirme son catholicisme et s'oppose aux ambitions politico-religieuses de sa compagne. Il dispose par ailleurs d'une des plus importantes fortunes du royaume, en effet en 1538 son capital est évalué à 60 000 livres et à 200 000 en 1570. Il gouverne, entre autres, les territoires du Dauphiné (1565-1567) et de la Bretagne (1569-1582).

Après sa mort, François de Bourbon lui succède ainsi que par la suite ses descendants, ce jusqu'en 1608. François de Bourbon, pour avoir lutté contre les calvinistes, reçoit du Roi pendant une courte période le titre de Lieutenant général du Languedoc, Provence et Dauphiné, puis est nommé gouverneur de Normandie jusqu'à sa mort en 1592. Son fils, Henri de Bourbon épouse Catherine de Joyeuse, fille du duc de Joyeuse en 1597. Ainsi s'unissaient deux puissantes familles du royaume de France puisque la richesse de celles-ci représentaient deux millions de livres.

Henri de Bourbon fut gouverneur de Normandie après son père, donc de 1592 à 1608.

Duc de Maine

- Louis-Auguste de Bourbon, Duc de Maine. Gouverneur de Languedoc (1682-1718).

Louis-Auguste de Bourbon, fils naturel légitimé de Louis XIV et de Madame de Montespan, fut élevé au rang de prince du sang par son père le roi en 1714, un an avant le décès de ce dernier. Louis-Auguste pourrait ainsi occu-

per le trône dans l'hypothèse de la disparition du futur Louis XV, qui avait alors quatre ans. De cette façon, la branche des Orléans était écartée du trône.

Duc d'Orléans

- Charles, Duc d'Orléans. Gouverneur de Champagne et Brie (1543-1545).
- Gaston, Duc d'Orléans. Gouverneur de l'Orléanais (1630-1634). Gouverneur d'Auvergne (1634-1642). Gouverneur du Languedoc (1644-1682).

Charles d'Orléans, premier duc d'Orléans, obtient le gouvernement de Champagne et Brie entre 1543 et 1545. D'importantes lignées telles que Guise, Nevers ou Rethelois lui succéderont sur ces territoires. Le duché d'Orléans sera cédé à la Maison des Longueville puis la Maison Royale. Henri IV, plus tard, nomme Gaston d'Orléans (1608-1660), frère de Louis XIII gouverneur de l'Orléanais en 1630. Il exerce cette fonction jusqu'en 1634. Puis de 1634 à 1642, Gaston d'Orléans se voit céder le gouvernement de l'Auvergne de 1634 à 1642, puis du Languedoc de 1644 à 1660.

Duc de Longueville

- Louis (+ 1516) I Duc de Longueville et Marquis de Rothelin.
- François d'Orléans-Longueville (1513-1548), II Duc de Longueville Marié à une de Bourbon-Condé.
- Leonor d'Orléans-Longueville (+1573), III Duc de Longueville. En 1571, recibe las lettres patentes que crea le «rang intermédiaire» entre les Princes du sang et les pairs. Gouverneur de Picardie (1569-1573).
- Henri I d'Orléans-Longueville (+1595), IV Duc de Longueville. Gouverneur de Picardie (1580-1585).
- Henri II d'Orléans-Longueville (1595-1663), V Duc de Longueville, Prince de Neuchâtel, épouse en 1617 con Marie de Bourbon Soissons et puis avec Anne-Geneviève de Bourbon-Condé. Gouverneur de Picardie (1585-1618). Gouverneur de Normandie (1619-1663).
- Charles Paris d'Orléans-Longueville (1649-1672), VI Duc de Longueville. Gouverneur de Normandie (1663-1672).
- Jean-Louis d'Orléans-Longueville (-), VII Duc de Longueville. Gouverneur de Normandie (1672-1690).

Le Duc de Longueville, membre de la Maison d'Orléans, illustre lignée des Princes légitimés descendant des Valois-d'Orléans, fruit de la liaison illégitime de Louis de France, Duc d'Orléans (1371-1407) et de Mariette d'Enghien, et donc petit-fils naturel de Charles V, Dunois, «le bâtard d'Orléans», Jean d'Orléans, Comte de Dunois et de Longueville, Grand Chambellan de France, bénéficia de la protection de Charles VII qui l'appelait «Mon cousin» et connut la disgrâce de Louis XI.

Il lui vint un fils, François d'Orléans, Comte de Dunois (1447-1491), cousin germain et ami de Louis XII, puis un petit-fils, Louis, lui-même Duc de Longueville et Marquis de Rothelin (1516), père de François d'Orléans-Longue-

ville (1513-1548), ayant épousé une Bourbon-Condé et grand-père de Leonor d'Orléans-Longueville. Le Roi Charles IX, créa par brevet, le 5 avril 1571 ainsi que par des lettres patentes, pour Leonor de Longueville, un statut intermédiaire entre les Princes du sang et les pairs.

Henri d'Orléans-Longueville deviendra Grand Chambellan et donnera son appui aux Navarrais confrontés à la Ligue puis il lui sera attribué en 1598 le titre de Gouverneur de Picardie. Cette province, caractérisée par sa diversité géographique, devient une des citadelles de la Ligue et progressivement passe à l'autorité de Henri IV, sous le gouvernement de Henri I d'Orléans, Duc de Longueville, Azeville, Amiens, et finalement Soissons.

Henri II d'Orléans succède à son père, il assure donc la suite du gouvernement de Picardie de 1595 à 1618 et fait de ce territoire le point de départ de l'offensive dirigée contre les Pays Bas. Il épouse, en secondes noces, Anne-Genève de Bourbon-Condé, devenue membre à part entière de la Fronde, puis se retire à Port-Royal des Champs, où, la protection des jansénistes et son combat pour la paix de l'Eglise lui permet d'acquérir un grand prestige. En 1619, Henri II d'Orléans devient Gouverneur de Normandie, comme l'avait été auparavant le propre Dauphin, le futur Louis XIII,. Son gouvernement qui se prolongea durant 44 années, fut donc long et d'une extrême importance.

Charles Paris d'Orléans lui succède, ainsi que Louis d'Orléans jusqu'en 1660. Cela devient donc la plus puissante expression de la relation d'un territoire doté d'une très grande valeur historique et politique et de la Couronne par le biais des Orléans-Longueville. La lignée s'éteint en 1694 à la mort du dernier Orléans - Longueville.

II.4 LE GOUVERNEMENT DES PROVINCES PAR LE DUCHÉS-PAIRIES DE FRANCE (1515-1715)

La généralisation des concessions des Ducs-Pairs fut l'instrument qui articula le gouvernement des provinces de France. La pairie, selon Guy Coquille, est *«la plus grande et suprême dignité en ce royaume après la royale»*.

La transformation de la pairie permet la configuration des Ducs et Pairs de France, il ne subsiste que quatre Duches-pairies au XVIème siècle ayant une origine distincte, Uzès (Crussol), Elbeuf (Lorraine-Guise), Montbazou (Rohan), et Thouars (La Trémoille). Au XVII siècle (jusqu'en 1715), vingt ducs et pairs: Sully, Luynes, Brissac, Richelieu, Fronsac (Richelieu), Bouillon, Rohan (Chabot), Piney-Luxembourg (Montmorency), Gramont, Villeroy, Mortemart (Rochechouart), Saint-Aignan, Gesvres, Noailles, Aumont, Charost, Harcourt, Fitz-James, Chaulnes, Rohan-Rohan. Il y a enfin douze Duchés-pairs créés (ou nouvelles créations) par Louis XV et Louis XVI: Brancas, Valentin (prince de Monaco), Nivernois, Biron, Aiguillon, Fleury, Duras (Durfort), La Vauguyon, Praslin (Choiseul), La Rochefoucauld, Clermont-Tonnerre, Aubigny. Quant aux duchés héréditaires non pairs, deux sont créés au XVII siècle, tels que Chevreuse en faveur de l'héritier de la pairie de Luynes, et Boutteville en faveur de celui de la pairie de Piney-Luxembourg, et au XVIII

siècle, Broglie, Coigny, Liancourt (La Rochefoucauld), Laval-Montmorency, Montmorency, Beaumont (Montmorency), Lorges (Durfort), Havré (Croÿ), Villequier (d'Aumont), Châtelet, Polignac, Maillé, Lévis.

Nous examinerons ensuite la relation des Ducs-Pairs et du gouvernement des Provinces de France.

Duc de Montmorency (1551)

– Henri Ier de Montmorency, Duc de Montmorency (1534-1614) épouse Antoinette de la Marck, Duchesse d'Angoulême en 1558 et en 1593 se remariait avec Louise de Budos et puis avec Charlotte-Marguerite, Princesse de Condé, mère du grand Condé. Gouverneur de Languedoc (1563-1614).

– Henri II de Montmorency, Duc de Montmorency (1595-1632). Gouverneur de Languedoc (1614-1632).

L'illustre maison de Montmorency, originaire d'Ile de France et apparentée à la Famille royale, est un des premiers Duchés-pairies de France. Entre 1589 et 1715, des quatre maréchaux de France, deux étaient gouverneurs du Languedoc. Le premier d'entre eux est Henri Ier de Montmorency, duc de Montmorency (1534-1614), connétable de Damville. Il épouse Antoinette de la Marck, duchesse d'Angoulême en 1558, puis en secondes noces Louise de Budos. Enfin, il se maria avec Charlotte-Marguerite, princesse de Condé, mère du grand Condé. En 1597, il rejoint l'ordre du Saint-esprit, dirige les Huguenots en 1575 puis est nommé connétable par Henri IV en 1593. Auparavant, il avait été gouverneur du Languedoc de 1563 à 1614.

Henri II de Montmorency (1595-1632) lui succède. Henri II est Pair de France, duc de Montmorency et de Damville, chevalier du Saint-Esprit puis gouverneur du Languedoc (1614-1632). Henri et Charles de Schomberg, comtes de Nanteuil lui succèdent à leur tour.

Duc d'Uzes

– Emmanuel II de Crussol, Duc d'Uzès. Gouverneur de Saintonge (1673-1692).

– Louis de Crussol, Duc d'Uzès. Gouverneur de Saintonge (1692-1693).

– Jean-Charles de Crussol, Duc d'Uzès. Gouverneur de Saintonge (1693-1720).

Situé au nord du Duché d'Aquitaine et formant un territoire indépendant, Saintonge est l'une des dernières provinces incorporées à la Couronne que la lignée des ducs d'Uzes souhaitent conserver en le gouvernant. Le Duché d'Uzes fut créé en 1615 et son premier gouverneur de Saintonge et d'Angoumois fut Emmanuel II de Crussol, duc d'Uzes, puis Louis de Crussol en 1692 et Jean-Charles de Crussol de 1693 à 1720.

Duc d'Épernon

– Jean-Louis de Nogaret de la Valette, Duc d'Épernon. Gouverneur de Guyenne (1622-1634). Gouverneur de Saintogne (1611-1622). Gouverneur de Limousin (1596-1622). Gouverneur de Provence (1586-1588) (1592-1594). Gouverneur de Normandie (1587-1588). Gouverneur de Pays d'Aunis et La Rochelle (1622). Gouverneur de Metz et Verdun (1583-1633).

– Bernard de Nogaret de la Valette, Duc d'Épernon (1592-1661), épouse Gabrielle-Angélique, fille de Henri IV. Gouverneur de Guyenne (1643-1651) (1660-1661). Gouverneur de Bourgogne et Bresse (1650-1660).

Jean-Louis de Nogaret de la Valette (1554-1642), fils de Jean de Nogaret, obtient la faveur de la Couronne au cours de la sixième Guerre de Religion pour son audace et son excellente intervention. Il connaît alors une fulgurante ascension au pouvoir et en 1577 on le surnomme «le demi-roi». Il épouse Marguerite de Foix-Candale, descendante d'une illustre maison.

Dés 1580, il monopolise des gouvernements stratégiques comme la Provence de 1586 à 1588 puis de 1592 à 1594, la Normandie (1587-1588), le Limousin (1596 -1622), Metz et Verdun (1583-1633), Saintonge (1611-1622), Pays d'Aunis et la Rochelle (1622), la Guyenne (1622-1634). Le 14 mai 1610, jour de la mort de Henri IV, il joue un rôle décisif dans la proclamation de Marie de Médicis comme régente. Jusqu'à sa mort le 13 janvier 1642 il réussit à accumuler une très importante fortune.

Bernard de Nogaret de la Valette, duc d'Épernon (1592-1661), fils de Jean-Louis de Nogaret de la Valette, épouse en 1622 Gabrielle Angélique, fille de Henri IV, décédée en 1627. IL se remarie à la nièce du cardinal Richelieu en 1634, Marie du Cambout de Pontchâteau. Il gouverne la Guyenne de 1643 à 1651 puis de 1660 à sa mort. Il fut aussi gouverneur de Bourgogne et Bresse entre 1650 et 1660.

Duc de Joyeuse

– Antoine-Scipion, Duc de Joyeuse (+1592). Gouverneur de Touraine (1586-1592). Gouverneur de Maine, Perche et Laval (1586-1592).

– Henri, Duc de Joyeuse (1567-1608). Gouverneur de Maine, Perche et Laval (1584-1586).

– Anne de Joyeuse, Duc de Joyeuse (1561-1587). Gouverneur de Normandie (1583-1587).

La famille Joyeuse est l'une des plus puissantes économiquement au XVI^{ème} siècle. Ses débuts sont marqués par Guillaume, Vicomte de Joyeuse (1520-1592), qui épouse en 1560 Marie de Batarnay. Parmi leurs enfants, l'on distingue les trois futurs ducs de Joyeuse. Ainsi, tout d'abord Anne (1561-1587), pair et amiral de France, favori de Henri III, marié à la nièce de ce dernier, Marguerite de Vaudemont est gouverneur de Normandie de 1593 jusqu'à sa mort. Lui succède au duché son frère Antoine-Scipion, gouverneur des territoires de Touraine, Maine, Perche et Laval de 1586 à 1592.

A sa mort, Henri de Joyeuse devient à son tour duc, épouse la fille du duc d'Epéron, Catherine de Nogaret de la Valette. En 1587 après le décès de son épouse, il se joint à l'ordre des Capucins. Ne reconnaissant par Henri IV comme roi en raison de son passé calviniste, il se heurtera à de nombreuses difficultés lors de la montée sur le trône de ce roi en 1589.

Il fut gouverneur du Maine, Perche et Laval de 1584 à 1586.

Duc d'Elboeuf (1581)

– Charles III de Lorraine, Duc d'Elboeuf. Gouverneur de Picardie (1627-1631) (1643-1677).

– Henri de Lorraine, Duc d'Elboeuf. Gouverneur de Picardie (1677-1748).

La lignée de Lorraine prit de plus en plus d'importance a partir des années 1580 –a cause du soutien de la reine mère Catherine de Médicis et du roi d'Espagne Philippe II. La Picardie permet le contrôle de la frontière septentrionale et facilite éventuellement la jénétration des troupes espagnoles stationées dans les Pays Bas meridionaux.

Duc de Ventadoour Lévis (1581)

– Gilbert III de Lévis, Duc de Ventadour. Gouverneur du Limousin (1571-1591).

– Anne de Lévis, Duc de Ventadour. Gouverneur du Limousin (1591-1596).

– Charles de Lévis, Duc de Ventadour. Gouverneur du Limousin (1600-1649).

Territoire du Comté d'Auvergne, le Limousin acquiert le statut de gouvernement propre. La lignée de Lévis exerce la fonction de gouverneur de la province puis en 1578 obtient le rang de Duc de Ventadour. Gilbert III de Lévis, Anne de Lévis (1591), Charles de Lévis, Duc de Ventadour de 1600 à 1649 se succèdent dans l'exercice de cette fonction.

Duc de Montbazon-Rohan- (1594)

– Hercule de Rohan, Duc de Montbazon. Gouverneur de Paris (1620-1648) (1654).

Descendant du premier duc de Rohan, Hercule de Rohan devient gouverneur de Paris en 1620, alors que le gouvernement de Richelieu traverse une période de complète plénitude. Il se maintient au gouvernemnt jusqu'à l'éclatement de la Fronde.

Duc de Danville (1610)

– François-Christophe de Lévis, Duc de Danville. Gouverneur de Saintonge (1648-1651).

Duc de Candale (1611)

- Bernard de Nogaret, Seigneur de la Valette. Gouverneur de Provence (1588-1592).
- Louis de Nogaret, cardinal de la Valette. Gouverneur d'Anjou (1631-1636). Gouverneur de Metz et Verdun (1633-1636).
- Bernard de Nogaret de la Valette, Comte de Candale. Gouverneur de Guyenne (1634-1636).
- Louis-Charles de Nogaret, Duc de Candale. Gouverneur d'Auvergne (1651-1658).

Famille originaire du Sud de la France, fidèle à l'impulsion de la politique de Richelieu.

Duc de Lesdiguières (1611)

- François IV de Bonne, Duc de Lesdiguières (1543-1626). Grande figure huguenote du Dauphiné, des guerres de religion et de la France de Henri IV. Gouverneur de Picardie (1623-1626).
- François de Bonne, Duc de Lesdiguières. Gouverneur du Dauphiné (1642-1661).
- François-Emmanuel de Bonne, Duc de Lesdiguières. Gouverneur du Dauphiné (1661-1681).

François IV de Bonne (1543-1626), Maréchal, pair et connétable de France est l'une des grandes figures huguenotes du Dauphiné, il s'illustre dans les guerres de religion et enfin est un très important personnage de la France sous le règne de Henri IV. En 1577, il est le chef des huguenots de la province et jusqu'à sa mort possède le titre de Lieutenant Général. Il est nommé duc et pair en mai 1611 et chevalier du Saint Esprit puis connétable en 1622, succédant ainsi au duc de Luynes.

Il épouse en 1566 Claudine Bérenger du Gua. Il gouverne la Picardie de 1623 à 1626. François de Bonne lui succède (1600-1677) au gouvernement du Dauphiné de 1642 à 1661. Ensuite, François-Emmanuel de Bonne, duc de Lesdiguières devient gouverneur de 1661 à 1681 puis est suivi à la fin de XVII^{ème} siècle de la famille de la Feuillade.

Duc de Chevreuse (1612)

- Claude de Lorraine, Duc de Chevreuse. Gouverneur de Picardie (1631-1633).

Le Duc de Chevreuse aida à la pacification de la monarchie française et contrôla la sécurité septentrionale du royaume.

Duc de Bellegarde (1619)

- Roger de Saint-Allary, Duc de Bellegarde. Gouverneur de Bourgogne et Bresse (1610-1631).

Le duc de Bellegarde soutint la pratique de la politique de Richelieu dans un territoire toujours lié à l'Espagne. Il soutint le Dauphin Louis XIII et contra le prince de Condé.

Duc de Luynes (1619)

– Charles d'Albert, Duc de Luynes. Gouverneur de Picardie (1618-1621).

Charles d'Albert (1578-1621), ami de Louis XIII, est célèbre dans l'histoire de France pour avoir organisé le 24 avril 1617 avec le roi un coup d'état contre la régente Marie de Médicis et Concini. En récompense il reçoit les biens confisqués à l'ancien favori de la régente, le marquis d'Ancre et est nommé gouverneur de Picardie.

Le roi le fait connétable de France, lui accorde le rang de duc et pair et transforme la seigneurie de Maillé en duché de Luynes. Il épouse la fille du duc de Montbazou, Marie de Rohan, future duchesse de Chevreuse. A sa mort en 1621, arrive au pouvoir le cardinal Richelieu. Le gouvernement du territoire de Picardie est confié à Charles d'Albert de 1618 à 1621.

Duc d'Halwin (1587)

– Charles de Schomberg, Duc d'Halwin. Gouverneur de Languedoc (1632-1644). Gouverneur de Metz et Verdun (1644-1656). Gouverneur et Vice-Roi de Catalogne (1648-1649).

Charles de Schomberg, capitaine-lieutenant des chevaux-légers de la garde du roi, est ordonné en 1632 par Louis XIV membre de l'Ordre du Saint Esprit et reçoit le gouvernement du Languedoc (1632-1644). En 1620, le roi lui cède le titre de pair et par son mariage avec Anne d'Halwin en 1641 et le décès de cette dernière, il hérite du titre de duc d'Halwin. Pour s'être illustré contre l'armée espagnole dans le Roussillon, il obtient le territoire de Catalogne, Metz et Verdun. Il est nommé vice-roi de Catalogne (1648-1656) et gouverneur de Metz et Verdun de 1644 à 1656.

Duc de Chaulnes (1621)

– Honoré II d'Albert, Duc de Chaulnes. Gouverneur de Picardie (1633-1643). Gouverneur d'Auvergne (1644-1649).

– Charles d'Albert, Duc de Chaulnes (1625-1698). Gouverneur de Bretagne (1625-1670).

– Charles d'Albert d'Ailly, Duc de Chaulnes. Gouverneur de Bretagne (1670-1695). Gouverneur de Guyenne (1695-1698).

– Charles-Honoré d'Albert, Duc de Chaulnes, de Luynes et de Chevreuse. Gouverneur de Guyenne (1698-1712).

Le premier duc et pair de Chaulnes est Honoré d'Albert (1580-1649), il est nommé par Louis XIII, maréchal de France et Chevalier du Saint Esprit

en 1619, duc et pair en janvier 1621. Il reçoit le titre de gouverneur de Picardie (1633-1643) et d'Auvergne (1644-1649).

Charles d'Albert, son fils (1625-1698), lui succède. Il est nommé gouverneur de Bretagne en 1625 et exerce cette fonction jusqu'en 1670. A son tour, Charles d'Albert d'Ailly, fils de Charles, succède à son père en 1670 comme gouverneur de Bretagne jusqu'en 1695 puis abandonne ce gouvernement au profit de celui de la Guyenne jusqu'à sa mort en 1698. Par ailleurs, son fils aîné Charles-Honoré d'Albert, possédant les titres de duc de Chaulnes, Luynes et Chevreuse devient gouverneur de 1698 à 1712.

Duc de la Rochefoucauld (1622)

– François V, Duc de la Rochefoucauld (?-1650). Gouverneur de Poitou (1622-1650).

– François VI, Duc de la Rochefoucauld (1613-1680). Le plus grand Seigneur des lettres françaises. Gouverneur de Poitou (1650-1652).

– François VII, Duc de la Rochefoucauld (1634-1714). Prince de Marcillac. Gouverneur de Berry (1671-1681).

La maison de la Rochefoucauld se maintient au sein des ducs et pairs du royaume de France depuis le mois d'avril 1622 lorsque François de la Rochefoucauld (c.1613-1650) reçoit le titre de Duc par le roi qui l'appelle «notre cher et bien-aimé cousin». Il gouverne le territoire du Poitou de 1622 à 1650.

François VI (1613-1680), Grand Seigneur des lettres françaises, Prince de Marcillac et baron de Erteuil, Montignac et Cahuzac, gouverne le Poitou de 1650 à 1652. A sa mort en 1634, lui succède François VII, duc de la Rochefoucauld (1634-1714), qui se voit accorder en 1671 le territoire du Berry jusqu'en 1681.

Duc de Richelieu

– Armand Jean du Plessis, Cardinal de Richelieu (1585-1642). Gouverneur de Le Havre (1626-1642). Gouverneur de Bretagne (1631-1642).

La lignée du PLESSIS joue un rôle essentiel dans l'Histoire de France ainsi que dans la propre histoire des gouvernements territoriaux par la personne de Armand-Jean du Plessis, Cardinal de Richelieu et «principal ministre» du roi Louis XIII. Richelieu, fils de François du Plessis, épouse Suzanne de la Porte, fille de François de la Porte, avocat reconnu, puis lui sont attribuées la charge de Prévôt de l'Hôtel du Roi et Grand Prévôt de France.

A la suite du décès prématuré de son père, Richelieu embrasse la carrière religieuse. Après des études de Théologie, il obtient le titre de Docteur à la Sorbonne en 1607, et est consacré évêque de Luçon. Grâce à la confiance et l'appui de Marie de Médicis, il est nommé Cardinal en 1622.

Par son ascension politique, Richelieu, personnage indissociable de la figure du roi Louis XIII, se voit remettre les gouvernements de Brouage, Olé-

ron, Ré, La Rochelle, Nantes et Le Havre. C'est en tant que Gouverneur du Havre, de 1626 à 1642, qu'il réalise d'importants travaux.

En effet, il commande la construction de la citadelle en 1628, avec ses deux portes: la porte Dauphine, ouverte sur la campagne et la porte Royale, portant les armes de France et du Cardinal. Il est également à l'origine de la construction d'écluses, bassins à flot, magasins, fonderie de canons, la porte d'Ingouville en 1630. La ville, protégée par ses fortifications, avec ses casernes, magasins, logis du gouverneur est une place de guerre, ses prisons dans lesquelles seront emprisonnés trois célèbres frondeurs, Condé, Conti, Longueville, en conséquence seront dénommées «les prisons des princes».

La capacité du port est de 300 bâtiments, protégés par une chaîne ainsi qu'une tour ronde construite en 1520 et dotée de canons. Par ailleurs, il faut rappeler qu'en octobre 1616, Richelieu devient titulaire de l'office de Surintendant Général de la navigation et du commerce de France, c'est ainsi qu'il joue un rôle important en matière de commerce et de colonies.

Cela explique l'importance qu'eut la nomination de Richelieu comme Gouverneur de Bretagne en 1631, poste qu'il détient jusqu'à sa mort, survenue en 1642. En effet, la Bretagne, comme l'énonce la grande enquête de 1664, est la première province maritime française. Richelieu intervient dans ce développement commercial qui est mené par la compagnie du Morbihan, il parvient à maîtriser la paix dans la région durant la révolte de la Fronde, même s'il ne peut pas supprimer la puissante institution que sont les Etats de Bretagne et qui conservent un système de privilèges fiscaux et contributifs.

Duc de Fronsac (1634)

François de Valois, Duc de Fronsac. Gouverneur de l'Orléannais (?-1630).

Duc d'Aiguillon (1634)

– Marie-Madeleine de Vignerot, Duchesse d'Aiguillon. Gouverneur de Le Havre (1649-1661).

Duc de Gramont (1643)

– Antoine II de Gramont, Comte de Gramont. Gouverneur de Navarre et Béarn (?-1644).

– Antoine III de Gramont, Duc de Gramont (1604-1678). Gouverneur de Navarre et Bearn (1644-1678).

– Antoine IV de Gramont, Duc de Gramont. Gouverneur de Navarre et Bearn (1678-1720).

– Philibert de Gramont, Duc de Gramont. Gouverneur de Pays d'Aunis et La Rochelle (1684-1688).

La famille Gramont est la plus importante au regard du gouvernement de Navarre au XVII^e siècle et au début du XVIII^e siècle. Pendant seulement 22 ans, cette famille au XVII^e siècle n'est pas en possession du titre de gouver-

neur. Les premiers gouverneurs de ce territoire sont en effet Jacques Nompars de Caumont, duc de la Force, premier gouverneur de 1593 à 1621 puis le second, Pons de Lauzières, marquis de Thémines.

Le premier gouverneur de Navarre de la famille Gramont est Antoine II, comte de Gramont, nommé après une période pendant laquelle le gouvernement fut confié au roi et à d'exceptionnels gouverneurs, Antoine II exerce cette charge jusqu'en 1644. La date de son entrée en fonction reste inconnue. Son fils, Antoine III, duc de Gramont (1604-1678), remarqué pendant les guerres de religion et maréchal de France, obtient le titre de duc à la fin de 1643. Il est nommé vice roi de Navarre et Béarn à la mort de son père en 1644, ce jusqu'en 1678. En 1657 il est envoyé par Louis XIV à Madrid afin de préparer le mariage du roi avec l'infante Marie-Thérèse, fille de Philippe IV.

D'autre part, son frère Philibert de Gramont, en possession du titre de comte de Gramont par son père, est gouverneur du Pays d'Aunis et de la Rochelle de 1684 à 1688. Antoine IV succède à son père Antoine III, gouverneur de Navarre et Béarn de 1678 à 1720.

Duc de Vitry (1644)

– Nicolas de l'Hôpital, Duc de Vitry. Gouverneur de Provence et Berry (1631-1637).

Nicolas de l'Hôpital, premier marquis puis duc de Mitry (1581-1644) est issu d'une famille aisée proche de la Cour. Son père fut en effet capitaine des gardes du roi. En 1617, lorsque le duc de Luynes et le roi Louis XIV provoquent le coup d'Etat contre Marie de Médicis, Nicolas de l'Hôpital se charge de l'arrestation du maréchal d'Ancre, plus connu sous le nom de Concini. Ainsi le roi lui accorde sa confiance et lui accorde le titre de duc et lieutenant général du Berry, en assumant provisoirement aussi le gouvernement de Provence dès 1631.

Pour son bon comportement au sein de l'armée d'Aunis, le roi lui accorde en 1644 le titre de pair de France. Nicolas de l'Hôpital fut gouverneur de Provence et du Berry de 1631 à 1637.

Duc de Tresmes (1648)

– René Potier, Duc de Tresmes. Gouverneur de Maine, Perche et Laval (1627-1651).

– Léon Potier, Duc de Tresmes. Gouverneur de Maine, Perche et Laval (1651-1670).

La famille Potier se charge pendant une grande partie du XVII^e siècle du gouvernement du Maine, Perche, Laval de 1627 à 1670. Les Potier disposent de la charge de Lieutenant général. Le premier gouverneur de cette famille est René Potier, à qui le roi concède le titre de Duc de Tresmes en 1648 puis est gouverneur du Maine, Perche et Laval de 1627 à 1651. A sa mort lui succède

son fils Léon Potier qui fut également Lieutenant général et gouverna ces territoires jusqu'en 1670.

Duc d'Estrées

- Antoine d'Estrées, Lieutenant Général (1594-1596).
- Antoine IV d'Estrées, Marquis de Coevres (1596-1600).
- François-Annibal Ier d'Estrées, Duc d'Estrées (1654-1670).
- François-Annibal II d'Estrées, Duc d'Estrées (1670-1687).
- François-Annibal III d'Estrées, Duc d'Estrées (1687-1698).
- Louis-Armand d'Estrées, Duc d'Estrées (1723), (1698-1719).

La condition spéciale du gouvernement de Paris est évidemment marquée par le fait de comprendre en son territoire la capitale du royaume. Ainsi le décrit le juriste Julien Brodeau: «La ville de Paris est la royale et la capitale du royaume, le centre de l'Etat, le séjour ordinaire des rois et de leur cour des pairs, la ville source des lois, la commune patrie de tous les français, le pôle de toutes les nations du monde, la France de la France, Henri IV, Louis XIII, le Louis XIV du début du règne préfèrent Saint-Germain à leur «bonne ville» de Paris, mais nul d'entre eux, pas même Louis XIV à Versailles, ne songe à décapitaliser la grande cité. Versailles est «ville royale»; Paris demeure «notre ville capitale».

Henri IV et Sully réalisèrent un important travail par la consolidation militaire et politique et son embellissement. Politiquement, la présence de Henri IV à Paris connut des moments décisifs, comme l'abjuration à Saint-Denis, son sacrement à Chartres en 1594.

Le gouvernement de la Province de Paris commence avec ce monarque qui désigne Antoine d'Estrées comme Lieutenant Général. Ce personnage était issu d'une famille noble de Picardie dont il a pu être prouvé l'existence en 1437. Antoine d'Estrées avait été gouverneur de la Fère et grâce à sa fille Gabrielle d'Estrées, maîtresse et favorite de Henri IV, il deviendra Gouverneur de Paris et d'Île de France, Chevalier du Saint-Esprit, grand maître de l'Artillerie, ainsi que d'autres gouvernements et pensions.

Le Roi découvrit Gabrielle d'Estrées en Novembre 1590 et la relation avec Gabrielle fut consommée au printemps 1591. En même temps, le Roi faisait la connaissance de la famille de sa favorite. Précisément, en 1594, année d'annulation du mariage blanc de Gabrielle et Nicolas d'Amerval de Liancourt, –qui était gouverneur de Chauny–, le Roi Henri IV nomma le père de sa favorite, Antoine d'Estrées, Gouverneur de Paris et d'Île de France, office qu'il occuperait jusqu'à sa mort.

Gabrielle d'Estrées, aura un fils, qui quinze mois après sa naissance sera nommé gouverneur du Lyonnais par le Roi, ce dernier, en Septembre 1594 fera de Gabrielle d'Estrées la Marquise de Montceaux. Elle, catholique, pousse Henri à l'abjuration et après la reddition de la capitale, Gabrielle s'installe à Paris pareille à une reine, où elle meurt le 10 avril 1599. C'est ainsi que commence la relation entre la lignée d'Estrées et le gouvernement de Paris. Le frère

ainé de Gabrielle, François Annibal, avait embrassé la carrière ecclésiastique, en étant nommé archevêque de Noyon et candidat au cardinalat de Laon il renonce à cette dernière fonction afin de se consacrer au gouvernement et à la vie politique.

François Annibal d'Estrées est, à dix-neuf ans, Gouverneur de la Fère et en 1599, nommé lieutenant général du gouvernement de Paris et d'Île de France et Gouverneur particulier de Laon. Louis XIII le nomme Maréchal de France en 1626, et en 1630 ambassadeur de Venise. Louis XIV élève définitivement le rang de la lignée en transformant en 1648 le Marquisat de Coeuvres en Duché portant le nom d'Estrées. Le Roi Soleil nommera François Annibal Gouverneur Général d'Île de France jusqu'à sa mort en 1670.

Les successeurs se chargeront du gouvernement de Paris, comme cela aura lieu avec François-Annibal II d'Estrées, duc d'Estrées, gouverneur en 1670 et 1687 et avec François-Annibal III d'Estrées, Duc d'Estrées, Gouverneur de Paris et d'Île de France entre 1698 et 1719. L'autre fils de François Annibal I fut le célèbre Jean, Comte d'Estrées qui réalisa une importante carrière militaire, fidèle au Roi pendant la Fronde, nommé Lieutenant Général en 1655, Vice-Amiral du Ponant, il dirige d'importantes campagnes en Amérique, Maréchal de France depuis 1681, Vice-Roi d'Amérique en 1687, Chevalier du Saint-Esprit en 1689, Chevalier de Saint-Louis en 1693 et Gouverneur de Nantes.

Son fils et héritier, Victor-Marie, Comte puis Duc d'Estrées, connut aussi une importante carrière militaire, surtout dans la marine de guerre contre les espagnols, pour finalement être nommé Maréchal de France en 1703, premier Vice-Amiral de France en 1707, Chevalier du Saint-Esprit en 1705, Vice-Roi d'Amérique et Gouverneur de Nantes et du pays Nantais en 1707. Philippe V d'Espagne le fit Capitaine de la Mer en 1701 et Grand d'Espagne en 1702. Les autres personnages célèbres de la lignée Estrées sont le Cardinal d'Estrées, César d'Estrées (1628-1714), nommé le 24 août 1671, l'abbé d'Estrées, successeur de Boileau ainsi que certains ambassadeurs et membres du corps diplomatique.

Duc de Mortemart (1650)

– Gabriel de Rochechouart, I Duc de Mortemart (+1675). Gouverneur de Paris (1669-1675).

– Louis-Victor de Rochechouart, Duc de Mortemart (1636-1688). Gouverneur de Le Havre (1675-1688). Gouverneur de Champagne et Brie (1675-1688).

Le premier duc de Mortemart, Gabriel de Rochechouart, obtient le titre de duc et pair de France en 1650. Contrairement à ses cousins, le marquis de Chandénier et le comandeur de Jars, ennemis du cardinal Mazarin, il gagne la confiance du premier ministre. Il est gouverneur de Paris de 1669 jusqu'à sa mort en 1675.

Mais le membre le plus important de cette famille est Louis-Victor de Rochecouart (1636-1688). D'abord volontaire en Flandres, il se distingue lors

des batailles de Valenciennes et Landrecies. En 1667, il est nommé en Flandres maréchal de camp. A la mort de son père, il reçoit le titre de duc de Mortemart et le 30 juillet de cette même année il est nommé gentilhomme et maréchal de France. Parmi ses titres, il fut gouverneur de Champagne et Brie, Sicile et du Havre de 1675 à 1688.

Duc de Villeroy (1651)

– Charles II de la Vieuville, Duc de la Vieuville. Gouverneur de Poitou(1664-1676).

– René-François de la Vieuville, Marquis de la Vieuville. Gouverneur de Poitou (1676-1717).

Charles de Neufville, marquis de Villeroy (1560-1642), fils de Nicolas, siegneur de Villeroy (1542-1617) et ministre de Henri III, obtient le gouvernement du Lyonnais de 1612 à 1642. Il épouse en secondes noces Jacqueline de Harlay, fille de Nicolas de Harlay, baron de Sancy, colonel des Suisses.

Son fils, Nicolas V (1598-1685), marquis d'Alincourt, homme d'armes reconnu, est nommé en 1651 conseiller d'honneur au parlement et duc de Villeroy. En 1661, le roi le nomme chef du conseil royal des finances après le départ de Fouquet. Il gouverne le Lyonnais de 1642 à 1685. François de Neufville (1644-1730), pair et maréchal de France, est gouverneur et lieutenant général du Lyonnais (1685-1730), du Forez et du Beaujolais. En 1674, il conquiert la Franche-Comté qu'il reprend aux espagnols et est donc nommé par Louis XIV en 1701 commandant en chef de l'armée d'Allemagne et d'Italie. En 1714 il appartient au Conseil de Régence du jeune Louis XIV. Il épousera Marguerite de Cossé-Brissac.

Duc de Créqui (1652)

– François de Blanchefort, Duc de Créqui (1629-1687). Gouverneur de Paris (1676-1687).

François de Blanchefort, duc de Créqui (1629-1687), fils du duc de Lesdiguières et maréchal de France est nommé duc en 1652 et commandant. Il occupe la Lorraine comme chef de l'armée du Rhin en 1667. Il occupe la Lorraine en 1669 et gouverne Paris de 1676 à 1687. Il épouse en 1657 Catherine de Rougé du Plessis-Bellière. Leur fils François-Joseph (1662-1702) est lieutenant général et tué à Luzzara. Nicolas- Charles, leur second fils, est maréchal de camp.

Duc de Villars (1652)

– André-Baptiste de Brancas, Seigneur de Villars. Gouverneur de Le Havre (1588-1595).

– Georges de Brancas, Seigneur de Villars. Gouverneur de Le Havre (1595-1626).

– Claude de Brancas, Duc de Villars. Gouverneur de Metz et Verdun (1710-1713).

– Louis-Hector de Brancas, Duc de Villars (1653-1734). Gouverneur de Provence (1713-1734).

La lignée de Brancas occupa pendant plusieurs années le territoire, concrètement de 1588 à 1595, pendant lesquels il fut gouverné par André-Baptiste de Brancas et de 1595 à 1626 par Georges de Brancas, tous deux seigneurs de Villars. Son descendant, Pierre, marquis de Villars, obtient le duché en 1652 et son fils, Claude de Brancas se voit concéder le gouvernement de Metz et Verdun de 1710 jusqu'à sa mort en 1713. Lui succède au duché Louis-Hector de Brancas (1653-1734). Maréchal de France et diplomate.

Il épouse Jeanne Angélique Roque de Varengeville avec la dot de laquelle il achète le titre de Vaux-le-Vicomte. Il représente l'une des plus importantes fortunes du XVIIIème siècle, en effet sa richesse est évaluée à 3 millions de livres. Il joue un rôle très important dans la paix d'Utrecht de 1713 au cours de laquelle Philippe V est reconnu Roi d'Espagne.

Duc de Roquelaure (1652)

Antoine, seigneur de Roquelaure (1543-1625), ami de Henri IV et maréchal de France, est nommé lieutenant général et gouverneur de Guyenne (1615) et de la Haute Auvergne, maire perpétuel de Bordeaux et capitaine de Fontainebleau.

Henri IV avait accordé à Roquelaure l'Ordre du Saint-Esprit le 7 janvier 1595. Il reçoit le bâton de maréchal en 1615. Epoux de Catherine d'Ornezan, veuve de Gilles de Montal, il épouse en secondes noces en 1611 Suzanne de Bassabat de Pordéac. De cette union naît Gaston-Jean-Baptiste (1617-1683), lieutenant général, gouverneur de Guyenne, chevalier du Saint-Esprit (31 décembre 1661), il reçoit le duché de Roquelaure en juin 1652.

Son fils, Gaston-Jean (1656-1738), à la suite du décès de son père, reçoit des mains du roi en décembre 1683 les lettres patentes renouvelant à sa faveur le choix de la terre de Roquelaure comme Duché-Pairie. Chevalier du Saint-Esprit, le 2 février 1728, il épouse Marie-Louise de Laval. Il gouverne la Guyenne de 1676 à 1683. Le dernier duc de Roquelaure, Antoine II, ne sera pas gouverneur de Guyenne, territoire familial, mais du Languedoc dès 1718. La descendance des ducs de Roquelaure s'éteindra tout comme son nom par les unions matrimoniales avec les maisons de Rohan-Chabot et Lorraine.

– Antoine, Seigneur de Roquelaure (1543-1625). Gouverneur de Guyenne (1615).

– Gaston-Jean, Duc de Roquelaure (1656-1738). Gouverneur de Guyenne (1676-1683).

– Antoine II, Duc de Roquelaure. Gouverneur de Languedoc (1718-?).

Duc de Bouillon (1652)

– Godefroy-Maurice de la Tour, Duc de Bouillon. Gouverneur d’Auvergne (1659-1721).

Godefroy-Maurice de la Tour, duc de Bouillon, est le fils unique du prince de Sedan, Frédéric-Maurice de la Tour (1605-1652) et frère d’Emmanuel-Théodose de la Tour (1652-1715). Il reçoit le titre de duc de Bouillon en 1652, en 1662 il épouse Marie-Anne Mancini, nièce du cardinal Mazarin et cette même année le roi lui accorde les duchés d’Albret et de Château-Thierry. Il lui accorde le gouvernement du territoire d’Auvergne en mémoire des services qu’il rendit à Mazarin de 1659 à 1721.

Duc de Nevers (1660)

– Philippe Mancini, Duc de Nevers (1639-1707). Gouverneur de Nivernais (1641-1707). Gouverneur de Pays d’Aunis et La Rochelle (1641-1665).

Cette famille d’origine patricienne de l’empire romain acquit une extraordinaire importance lorsque le cardinal Mazarin devint premier ministre. Des trois frères du cardinal Mazarin, Philippe-Julien Mancini (1639-1707) est un très important personnage au sein des ducs et pairs de France en obtenant le duché de Nevers en 1660 et en conservant le gouvernement, concédé avec l’aide de son frère, du Nivernais de 1641 à 1707 et du Pays d’Aunis et la Rochelle de 1641 à 1665.

Duc de PineyLuxembourg (1661)

– François-Henri de Montmorency, Duc de PineyLuxembourg (1628-1695). Gouverneur de Champagne et Brie(1688-1691).

– Charles-François de Montmorency, Duc de PineyLuxembourg. Gouverneur de Normandie (1691-1726).

François-Henri de Montmorency (1628-1695), maréchal de France, cousin du duc de Montmorency, réalise un riche mariage en épousant Madeleine de Clermont le 28 mars 1661 avec acceptation royale. Le contrat de mariage stipule le don à François-Henri du Duché-pairie de Luxembourg. L’on distingue ses prouesses militaires par lesquelles lui fut accordé le gouvernement de Champagne et Brie de 1688 à 1691. Lui succède au duché son fils, Charles-François de Montmorency, gouverneur de Normandie de 1691 à 1726.

Duc de la Meilleraye

– Charles II de la Porte, Duc de la Meilleraye. Gouverneur de Bretagne (?-1655).

– Armand-Charles de la Porte-Mazarin, Duc de la Meilleraye. Gouverneur de Alsace (1661-1713).

La lignée La Porte est représentée tout d'abord au gouvernement de Bretagne par Charles II de la Porte, jusqu'en 1655 qui, par ailleurs détient le duché de la Meilleraye. Son fils, Armand-Charles de La Porte-Mazarin, issu de la famille du cardinal qui fut principal ministre de Louis XIV, obtient le duché en 1655 à la mort de son père. Il se voit remettre les offices de maîtres-clercs de Saint-Jean d'Angély, de commissaire des vivres de Mirebeau, de Mauléon, de Thouars et des Sables d'Olonne, de Niort et d'Angoulême au sein de la généralité de Poitiers. Il gouverne l'Alsace de 1661 à 1713.

Duc de Noailles (1663) –Noailles– Gouverneurs du Roussillon, Berry et Auvergne

- François de Noailles, Comte d'Ayen. Gouverneur de Auvergne (1642-1644).
- Anne de Noailles, Duc de Noailles. Gouverneur de Roussillon (1659-1678).
- Anne-Jules de Noailles, Duc de Noailles (1650-1708). Gouverneur de Roussillon (1678-1698).
- Adrien-Maurice de Noailles, Duc de Noailles. Gouverneur de Roussillon (1698-1766). Gouverneur de Berry (1698-1715).

La lignée de Noailles est tout d'abord représentée par François de Noailles, comte d'Ayen, gouverneur d'Auvergne de 1642 à 1644. Après la conquête du Roussillon en 1659 par les troupes françaises, Anne de Noailles reçoit le gouvernement du Roussillon en raison de son activité militaire. Anne occupe cette charge jusqu'en 1678. En 1663, il obtient le titre de duc et pair. Son fils, Anne-Jules de Noailles (16650-1708), frère du cardinal-archevêque de Paris, Louis Antoine de Noailles (1651-1729) reçoit de son père le titre de duc et le territoire du Roussillon. En 1692 il chasse l'importante armée du Roussillon, c'est ainsi que le roi le nomme maréchal de France le 27 mars 1693. En avril de cette même année il est nommé chevalier de Saint-Louis et devient gouverneur du Roussillon de 1678 à 1698.

En 1700, le maréchal de Noailles est chargé de l'escorte de Philippe V par Louis XIV jusqu'au trône d'Espagne. Il épouse Marie-Françoise de Bournonville. De cette union naît Adrien-Maurice de Noailles, maréchal de France et ministre. Il devient président du conseil des finances de 1715 à 1718, gouverneur du Roussillon de 1698 à 1766, du Berry de 1698 à 1715 et de Saint-germain en 1717. Il reçoit des mains de Philippe V le titre de Grand d'Espagne.

Duc de Montausier (1664)

- Charles de Sainte-Maure, Duc de Montausier (1610-1690). Gouverneur de Normandie (1663-1668). Gouverneur de Saintogne(1645-1673). Gouverneur de MonSeigneur (1668-1680).

Charles de Sainte-Maure (1610-1690), marquis puis duc de Montausier, grand admirateur de l'art littéraire français, se convertit en 1645 au catholicisme et devient gouverneur d'Angoumois et Saintonge, dans cette dernière

de 1645 à 1673. Au cours de la Fronde, étant loyaliste, il résiste aux troupes de Condé et maintient dans sa zone l'autorité royale. Le marquis Charles de Sainte-Maure obtient que le territoire soit élevé au rang de duché-pairie en 1664, sous le règne du Roi Soleil, Louis XIV. Sa femme, Mme de Montausier est gouvernante des enfants de France (1661), dame d'honneur de la Reine (1664).

Parmi les autres mérites du duc de Montausier l'on remarque le titre de chevalier de l'Ordre du Saint-Esprit (1662). De même, à la mort du duc de Longueville, le Roi le nomma gouverneur de Normandie, territoire qu'il gouverne de 1663 à 1668 puis gouverneur de Monseigneur de 1668 à 1680.

Duc de Choiseul (1665)

– Cesar Auguste, Duc de Choiseul (1597-1684). Gouverneur de Toul (1675-1684).

– Cesar Auguste II, Duc de Choiseul. Gouverneur de Toul (1684-?).

César Auguste de Choiseul (1597-1684) fut maréchal de France à 48 ans et à 78 ans, duc et pair de France (1665). D'esprit militaire, il devint membre de la noblesse française grâce à son prestige militaire. Selon ses propres mots, lorsqu'il arriva au sommet de sa carrière militaire, il exprima sa volonté d'être nommé maréchal de France «dignité qui doit toucher plus que nulle autre le coeur d'un gentilhomme». En récompense de sa brillante carrière, il est nommé gouverneur de Toul, charge qu'il occupa de 1675 à 1684, date de sa mort.

Néanmoins, l'activité militaire de Cesar Auguste de Choiseul fut remise en cause à la fin de sa vie en raison de ses importantes dettes pécuniaires. A sa mort, il devait en effet 92 800 livres pour fin de rachat de rentes constituées, 28 083 livres à des marchands et fournisseurs et 1 208 livres à ses domestiques pour retard de gages. Son fils, César Auguste II, lui succéda comme duc et pair en 1684, date à laquelle commença son gouvernement du territoire de Toul.

Duc d'Aumont (1665)

– Jean VII d'Aumont, Duc d'Aumont. Gouverneur de Dauphiné (1592-1602).

– Antoine d'Aumont, Duc d'Aumont (1601-1669). Gouverneur de Pays Boulonnais (1635-1669). Gouverneur de Paris (1662-1669).

– Louis-Marie-Victor d'Aumont, Duc d'Aumont (1632-1704). Gouverneur de Pays Boulonnais (1669-1704).

– Louis-Marie d'Aumont, Duc d'Aumont. Gouverneur de Pays Boulonnais (1704-1723).

L'illustre lignée d'Aumont, connue depuis Jean d'Aumont (1248), commence le XVI^{ème} siècle avec Jean VI d'Aumont (1522-1595), comte de Château-Raoul, chevalier de l'Ordre du Saint-Esprit de la première promotion (31 décembre 1578), lieutenant général de Bourgogne et Bretagne. Il reçoit le

bâton de maréchal l'année suivante (1579). A la mort de Jean VI, Jean VII, son fils, lui succède. Il gouverne le Dauphiné de 1592 à 1602.

Antoine d'Aumont (1601-1669), fils aîné, quand à lui, est élevé au rang de duc et pair en novembre 1665 pour s'être illustré dans les guerres contre les Protestants, concrètement au cours de l'épisode du pas de Suse, du siège d'Arras, à Dunkerque et à Lens (1648). Le Roi le fait maréchal le 13 janvier 1651. Ce chevalier de l'Ordre du Saint-Esprit devient gouverneur de Paris de 1662 à 1669 et du Pays Boulonnais de 1635 à 1669.

Son fils aîné, Louis-Marie-Victor (1632-1704), lui succède. Il est capitaine des gardes du corps du roi, chevalier des ordres du roi et premier gentilhomme de sa chambre. Le duc d'Aumont depuis 1669 conserve le gouvernement du Pays Boulonnais qui reste entre les mains de la même famille jusqu'au décès du duc en 1704. Louis-Marie d'Aumont, fils de son prédécesseur, admirateur de la littérature -l'on découvra après sa mort en 1723 qu'il possédait les biens littéraires les plus importants du royaume tels que les oeuvres de Térence, Saint Augustin, Montaigne, Descartes, etc - fut gouverneur du Pays Boulonnais dès la mort de son père en 1704 jusqu'en 1723, héritant aussi du titre de duc et pair d'Aumont.

Duc de la Ferté

– Henri II de Senneterre, Duc de la Ferté (1600-1681). Gouverneur de Lorraine et Barrois (1643-1663). Gouverneur de Metz et Verdun (1656-1674).

– Henri-François de Senneterre, Duc de la Ferté (1657-1703). Gouverneur de Metz et Verdun (1674-1703).

Henri II de Senneterre (1600-1681), baron puis duc de la Ferté, est issu d'une ancienne maison d'Auvergne- Saint-Nectaire- devenue par déformation Senneterre. Il s'illustre au cours du pas de Suse (1629) et à Casal (1630) comme capitaine des chevau légers, tout comme lors du siège de Hesdin (1639). Louis XIII le nomme alors maréchal de camp cette même année.

La plus grande victoire est celle du champ de bataille de Rocroi en 1643 dont il est récompensé en étant nommé gouverneur par la Reine mère de la région de Lorraine et Barrois, mandat qu'il détient jusqu'en 1663. Le Roi Louis XIV le nomme maréchal de France le 5 janvier 1651 et gouverneur des provinces de Metz et Verdun en 1656, charge qu'il occupe jusqu'en 1674. Son fils, Henri-François lui succède. De plus, Henri II de Senneterre sera nommé chevalier de l'ordre du Saint-Esprit en 1661 et duc et pair de France par le Roi en novembre 1665.

Le duc de la Ferté épousa tout d'abord Charlotte de Bauves qui ne lui donna pas d'enfants. Il se remaria en 1655 à Madeleine d'Angennes de la Loupe. De cette union naît Henri-François (1657-1703), lieutenant général, gendre du maréchal de la Mothe-Houdacourt, gouverneur de Metz et Verdun dès 1674 jusqu'à sa mort en 1703.

Duc de Roannais (1667) –Aubusson–

- Arthus II Gouffier, Duc de Roannais. Gouverneur de Poitou (1652-1664).
- François III d'Aubusson, Duc de Roannais, Comte de la Feuillade. Gouverneur de Dauphiné (1681-1691).
- Louis d'Aubusson, Duc de Roannais, Comte de la Feuillade. Gouverneur de Dauphiné (1691-1725).

Les ducs de Roannais acquièrent de l'importance au milieu du XVI^{ème} siècle lorsqu'en 1560 le roi leur accorde la faculté d'élection des offices royaux. Ils sont associés à des maisons de grande envergure politique comme les ducs de Montpensier ou les ducs de Nevers. Le premier duc de Roannais, Arthus II Gouffier, s'illustre dans le gouvernement du Poitou, fonction qu'il occupa de 1652 à 1664.

Sa fille Charlotte Gouffier épousa François III d'Aubusson, capitaine de cavalerie dans le régiment de Gaston d'Orléans, puis en 1644 en Hongrie maréchal de camp des troupes françaises envoyées au secours de l'Empereur contre les Turcs, devenant alors lieutenant général des armées du Roi Louis XIV. Par cette union, se forma en 1667 le duché-pairie de Roannais- La Feuillade puisque le contrat de mariage exigeait que les enfants portent les noms des deux maisons avec armes écartelées. François III d'Aubusson fut plus tard gouverneur du Dauphiné de 1681 à 1691.

En 1686, le duc de Roannais- La Feuillade céda au roi la terre et la seigneurie de Saint-Cyr près de Versailles pour l'agrandissement du parc en échange de la vicomté d'Aubusson, ce qui permit d'accroître l'étendue des domaines traditionnels de cette famille.

Louis d'Aubusson succéda à son père François à la tête du gouvernement du Dauphiné dès 1691 jusqu'à sa mort en 1725. Louis, tout comme son père, fut maréchal de France. Louis d'Aubusson épousa en novembre 1701 Marie-Thérèse, fille de Chamillart, conseiller ordinaire du roi en tous ses conseils, ministre, secrétaire d'Etat et contrôleur général des finances du royaume de France. Par cette union, Louis XIV donne à Marie-Thérèse de Chamillart l'importante somme de 200 000 livres.

Duc de Duras –Durfort–

- Jacques-Henri de Durfort, Duc de Duras (1622-1704). Gouverneur de Franche-Comte (1674-1704).

Issu d'une famille languedocienne, Jacques-Henri de Durfort (1622-1704), maréchal de France, fils de Guy-Aldonce de Durfort, marquis de Duras et d'Elisabeth de la Tour, fille du maréchal de Bouillon et soeur du maréchal de Turenne, reçut une éducation calviniste. Il est considéré pendant La Fronde selon Saint Simon dans ses *Mémoires* comme «le meilleur officier de cavalerie qu'eût le Roi». C'est ainsi qu'il obtint le soutien de Versailles.

En 1672, Louis XIV le fit capitaine des gardes du corps. S'étant illustré au cours de la guerre de Hollande, le roi en 1674 le nomma gouverneur de Besançon et de la province de Franche-Comté puis en 1675 maréchal de France. Plus tard, en 1688 il devint chevalier de l'Ordre du Saint-Esprit. Jacques-Henri de Durfort dirigea l'armée d'Allemagne (1688-1689) dans le territoire de Monseigneur. Grâce à ses succès militaires continus, le roi le nomma duc et pair en Février 1689 et chevalier de Saint-Louis en 1693. Il épousa en 1668 Marguerite-Félice de Lévis, fille du duc de Ventadour dont il eut cinq enfants: les second et troisième ducs de Duras, la duchesse de la Meilleraye, une religieuse et la duchesse de Lesdiguières. Enfin, il faut souligner que le duc de Duras fut gouverneur du territoire de Franche-Comté de 1674 à sa mort, trente années plus tard.

Duc de Boufflers (1695) –Boufflers–

- Louis-François de Boufflers, Duc de Boufflers (1644-1711). Gouverneur de Flandres (1694-1711). Gouverneur de Lorraine et Barrois (1687-1694).
- Joseph-Marie de Boufflers, Duc de Boufflers. Gouverneur de Flandres (1711-?).

Le premier duc de Boufflers fut Louis-François de Boufflers (1644-1711). Louis-François débuta sa carrière militaire au sein des gardes françaises, en 1669 il devint colonel des Royal dragons et en 1672 lieutenant général de l'Ile de France, se couvrant de gloire lors de la guerre de Hollande. Avec la victoire française d'Entzheim en 1674, le roi nomma Louis-François de Boufflers brigadier l'année suivante. En 1677, le roi lui accorda le bâton de maréchal et le fit entrer dans l'Ordre du Saint-Esprit en décembre 1678.

Boufflers fut à l'origine de nombreuses victoires militaires, ainsi il reçut en 1686 le gouvernement de Luxembourg -ville et province-; en 1687 le gouvernement de Lorraine et le commandement des Trois Evêchés, puis devint en 1693 maréchal de France, chevalier de Saint-Louis et obtint le duché-pairie de Boufflers en 1695. Louis-François parvint à devenir gouverneur de deux provinces simultanément, la première étant la Lorraine et le Barrois de 1687 à 1694 et la seconde les Flandres de 1694 à sa mort en 1711.

Le duc de Boufflers permit, par ailleurs, la reconstruction du château de Coigny, dépendant de son duché-pairie, sur les ruines de celui qu'avait bâti son arrière grand-père Adrien II et que les membres de la Ligue avaient renversé. Il agrandit également le bourg de Coigny et y fit édifier une nouvelle halle puis établir une manufacture royale d'étoffes. Son fils Joseph-Marie, né du mariage de Catherine-Charlotte de Gramont et du duc de Boufflers en 1693, lui succéda au duché-pairie de Boufflers et poursuivit dès 1711, l'exercice de la charge occupée auparavant par son père en Flandres.

Duc de Mercoeur

– Philippe-Emmanuel de Lorraine, duc de Mercoeur (1558-1602). Frère de la reine Louise, femme de Henri III. Epouse Marie de Luxembourg, seule héritière de Sébastien de Luxembourg. Gouverneur de Bretagne (1582-1598).

– Louis de Bourbon, Duc de Mercoeur (¿). Gouverneur de Catalogne (1649-1651).

L'Etat de Lorraine conserve sa structure politique, et ses particularités. Successivement, le gouvernement sera confié à Charles II (1545-1608), Henri II (1608-1624) et Charles IV (1624-1675). La lignée de Lorraine, obtient la confiance des Rois de France quand au gouvernement du territoire et est élevée au rang de duc de Mercoeur.

Philippe-Emmanuel de Lorraine, fils de Nicolas, duc de Mercoeur et de Jeanne de Savoie. Il est frère de la reine Louise, femme de Henri III, et a pour cousin de Charles III, Duc de Lorraine régnant ainsi que des Guises.

Il est le cadet de la maison de Lorraine. Le duc de Mercoeur épouse Marie de Luxembourg, unique héritière de Sébastien de Luxembourg, duc de Penthièvre, rejoint la ligue nobiliaire contre le roi, pour finalement se soumettre au monarque. Sa fille unique épouse César de Vendôme (1594-1665), fils de Henri IV et de Gabrielle d'Estrées.

Louis, duc de Mercoeur (1612-1668), petit-fils de Philippe-Emmanuel, épouse en 1651 la nièce de Mazarin, Marie Mancini. Il devient gouverneur de Catalogne en 1649 jusqu'en 1651. Suite au décès de son épouse en 1657, le duc de Mercoeur entre dans les ordres, obtient le titre de Cardinal de Vendôme (1666), ainsi que le légat du pape en France.

Duc de Saint-Aignan

– François Honorat VII de Beauviller Duc de Saint-Aignan (1607-1687). Gouverneur du Havre (1661). Gouverneur de Touraine (1664-1687).

– Paul de Beauviller, Duc de Saint-Aignan (1648-1717). Epouse Henriette-Louise, fille de Colbert. Gouverneur du Havre (1687-1714).

François Honorat VII de Beauviller, un des hommes les plus savants du Royaume de Louis XIV, épouse Antoinette Servien, fille d'un homme de négoce et parent de Colbert. Son fils, quand à lui, s'unie à la fille du ministre. Par son comportement loyal durant la Fronde, le Roi lui exprime sa reconnaissance en lui accordant le titre en 1649 de Premier Gentilhomme de la Chambre puis en devenant l'homme de confiance du monarque. C'est ainsi qu'il devient gouverneur de Touraine en 1661 puis duc et pair en 1663. Homme de culture et de savoir, il protège Racine tout comme d'autres acteurs de la vie littéraire et scientifique. Jusqu'à ses derniers jours, il assumera les charges de gouvernement.

La confiance du roi en François Honorat VII de Beauviller se retrouve en la personne de son fils, Paul, Duc de Beauviller, fidèle au monarque durant la Fronde. Il est nommé premier gentilhomme de la Chambre en 1649, Lieutenant

Général et pair en 1672, épouse en 1671 Henriette-Louise, fille de Colbert et dame du palais de la Reine en 1680.

Duc de la Vallière –Baume le Blanc–

– Jean-François de la Baume-le-Blanc, Marquis de la Vallière. Gouverneur de Bourbonnais (1670-1676).

– Charles-François de la Baume-le-Blanc, Duc de la Vallière. Gouverneur de Bourbonnais (1676-1739).

Le Bourbonnais fut un gouvernement marqué par l'instabilité tout au long des XVI et XVII è siècles. Cette situation subsista jusque 1720 dans les confins du Bourbonnais, pays de grande gabelle tout comme en Auvergne, province franche suite à un faux saulnage à main armée pratiqué intensément par les nobles, paysans, et les soldats en congé. La lignée qui gouverna le territoire du Bourbonnais depuis 1670 jusqu'en 1739 fut celle de La Baume-le-Blanc. En effet, Jean-François de la Baume-le-Blanc, marquis de la Vallière, fut gouverneur de la province de 1670 jusqu'à sa mort. Son fils, Charles-François lui succéda et obtint le duché-pairie à la fin du règne de Louis XIV, étant duc de la Vallière. Charles-François dirigea ce territoire de 1676 à 1739.

Duc de Gesvres –Potier–

– Léon Potier, Duc de Gesvres. Gouverneur de Paris (1687-1704). Gouverneur de Maine, Perche et Laval (1651-1670).

– Louis-François Potier, Marquis de Gesvres. Gouverneur de Touraine (1642-1643).

La famille Potier dirigea le territoire de Touraine puisque Louis-François Potier, marquis de Gesvres en fut gouverneur. Il est ensuite remplacé par Philippe de Courcillon, marquis de Dangeau (1638-1720). Louis François de Potier fut gouverneur de Touraine de 1642 à 1643 lorsque les grandes villes, qui jusqu'au milieu du XVII è siècle pouvaient jouir d'une grande autonomie grâce à d'anciens privilèges, furent soumises à l'étroit contrôle des intendants et dépositaires de l'autorité royale.

En outre, Léon Potier, qui hérita de son père le titre de marquis de Gesvres obtint d'être nommé par le roi duc et pair de France ainsi gouverneur de Paris, fonction qu'il exerça pendant plus de dix-sept ans (1687-1704), du Maine, Perche et Laval, territoire qu'il dirigea de 1651 à 1670.

Prince de Soubise - Duc de Rohan –Rohan–

– Henri de Chabot, Duc de Rohan. Gouverneur de Anjou (1649-1655).

– François de Rohan, Prince de Soubise. Gouverneur de Berry (1681-1692). Gouverneur de Champagne et Brie (1692-1694).

– Hercule-Mériadec de Rohan, Duc de Rohan-Rohan, Prince de Soubise (1669-1749). Gouverneur de Champagne et Brie (1694-1741).

La maison de Rohan originaire de Bretagne, est marquée par Henri de Rohan à la fin du XVI^{ème} siècle (1579-1638), duc de Rohan, chef protestant à qui Henri IV lui accorda les titres de duc et pair en avril 1603. De son mariage avec Marguerite de Béthume (+1660), fille du duc de Sully, huguenote, naquit Marguerite de Rohan, qui épousa Henri de Chabot, seigneur de Saint-Aulaye en 1645. Ainsi le titre de duc de Rohan se transmettait à Henri de Chabot. Ce dernier gouverna l'Anjou de 1649 à 1655.

Plus tard, Anne de Rohan-CHabot, princesse de Soubise (+1709), fille de Henri de Chabot, duc de Rohan et de Marguerite de Rohan, épousa en 1663 son cousin François de Rohan, fils d'Hercule de Rohan, duc de Montbazou et de Marie d'Avaujour. S'associaient ainsi les titres de prince de Soubise et de duc de Rohan dans la personne de François.

François de Rohan gouverna de 1681 à 1692 le Berry et de 1692 à 1694 la Champagne et Brie. Son fils aîné, Hercule-Mériadec de Rohan (1669-1749) se vit transmettre les titres de duc de Rohan-Rohan et de prince de Soubise et gouverna la Champagne et Brie de 1694 à 1741.

Duc d'Hostun –Hostun–

– Camille d'Hostun, Comte de Tallard, Duc d'Hostun. Gouverneur de Foix-Danezan-Andorre (1701-1702). Gouverneur de Franche-Comte (1704-1728).

Camille d'Hostun, comte de Tallard, duc d'Hostun, gouverneur au cours de la dernière période du règne de Louis XIV du territoire de Franche-Comté récemment conquis à la fin du XVII^è siècle et en exerça le gouvernement de 1704 à 1728. Auparavant, près de l'ancien royaume de Navarre, le gouvernement de Foix-Danezan-Andorre, fut exercé par Camille d'Hostun de 1701 à 1702.

Duc de Montaut –Montaut-Bénac–

– Philippe II de Montaut-Bénac, Duc de Montaut, de Navailles et de Lavedan (1619-1684). Gouverneur de Le Havre (1661-1664). Gouverneur de Pays D'Aunis et La Rochelle (1665-1673)(1677-1684).

Philippe II de Montaut (1619-1684), maréchal de France et page du cardinal de Richelieu fut d'abord protestant, puis se convertit à la religion catholique. Il sert fidèlement les deux premiers ministres de France, les cardinaux Richelieu et Mazarin. Entre 1658 et 1659, Philippe II de Montaut commande le corps expéditionnaire français puis est ambassadeur dans les principautés d'Italie.

En 1660, Louis XIV le nomme duc de Montaut, titre qui s'ajoute à celui de duc de Lavedan hérité de son père, Philippe de Montaut. Un an plus tard, il devient chevalier de l'Ordre du Saint Esprit. Plus tard, en 1673, Montaut dirige les troupes royales dans la seconde expédition de la conquête de Franche-Comté. Etant lieutenant général, il commande les troupes à Sennef en 1674,

obtient par ses exploits militaires le bâton de maréchal en 1675 tout en étant à la tête de l'armée de Catalogne et conquiert Puycerda en 1678.

Montaut avait épousé en 1651 Susanne de Beaudéan et fut gouverneur du Havre entre 1661 et 1664, du duché de Chartres avec le futur régent en 1683, enfin devient gouverneur du pays d'Aunis et de La Rochelle respectivement de 1665 à 1673 et de 1677 au 5 février 1684, date de sa mort.

Duc de Lorge –Durfort-Duras–

– Guy-Aldonce II de Durfort-Duras, Duc de Lorge (1630-1702). Gouverneur de Guyenne (1689-1694). Gouverneur de Lorraine et Barrois (1694-1697).

Guy-Aldonce II de Durfort-Dumas, le nouveau vicomte de Turenne des lettres françaises fut maréchal de France. Il a pour frère du maréchal Duras, Jacques-henri, fils de Guy-Aldonce I de Durfort et d'Elizabeth de la Tour, fille du maréchal de Bouillon, soeur du maréchal de Turenne. Aux prémices de sa carrière militaire, Guy-Aldonce, fidèle calviniste, sert le prince de Condé aux Pays-Bas lors de sa rébellion. Il devient lieutenant général de l'armée de Condé avant de rejoindre le camp catholique tout comme son oncle, le maréchal de Turenne cinq années auparavant.

Pendant la guerre d'Hollande, il se couvre de gloire dans les champs de batailles, obtient à la mort de son oncle le 22 juillet 1675 la direction de l'armée d'Allemagne, responsable du retrait. Par cette tactique militaire, le vainqueur d'Althenheim propose au roi son ascension, c'est ainsi qu'il se fait nommer maréchal de France le 21 février 1676. En 1685, la Cour le charge d'accompagner Jacques II à Londres pour prendre place sur le trône d'Angleterre. En 1689, Guy-Aldonce II entre dans l'Ordre de Saint-Esprit, puis deux ans plus tard devient pair de France et duc de Quintin.

L'oeuvre littéraire la plus importante qu'il écrit Durfort-Dumas, «mémoires», retrace de façon autobiographique la vie d'un homme voué à la carrière militaire. Il épouse en 1676 Geneviève de Frémont d'Auneuil, fille du futur garde du Trésor royal, duc de Saint-Simon. Le duc de Lorge se charge des gouvernements de Guyenne de 1689 à 1694 et de Lorraine et Barrois de 1694 à 1697.

Duc de Nevers et Rethelois –Gonzague–

– Charles I de Gonzague, Duc de Rethelois (+1637). Gouverneur de Champagne et Brie (1589-1631).

Louis de Gonzague (1538-1595), troisième fils du premier duc de Mantoue, Frédéric 1er, est membre de la maison de Gonzague, une famille parvenue au pouvoir à Mantoue au XIV^e siècle. Louis de Gonzague fut gouverneur du territoire de Picardie de 1588 à 1589, région qui connut les conséquences de la rivalité entre la maison de France et celle de Habsbourg. Cette région en souffra beaucoup étant le théâtre habituel de leurs affrontements de 1529 à 1559 et de 1635 à 1659.

Il épousa Henriette de Clèves, qui lui donna trois enfants dont Charles I de Gonzague (†1637), futur duc qui à la mort de son père en 1595 hérite des titres de Nevers, Rethelois. Plus tard, Louis XIV le nomme en 1627 duc de Mantoue et Montferrat. Il épouse en 1599 Catherine de Lorraine (†1618). Sa soeur, Marie de Gonzague-Nevers, épouse Henri de Lorraine, frère de Catherine.

De l'union du duc de Rethelois et de Catherine de Lorraine, naissent Charles, futur duc de Rethelois, Marie (†1667) ayant épousé successivement en 1646 et 1649 les deux frères, derniers rois de Pologne de la dynastie Vasa (Ladislas IV décédé en 1648 et Jean Casimir décédé en 1672), Anne (1616-1684), épouse de Edouard de Simmern (1645), comte palatin du Rhin (†1663), oncle de Madame, belle-soeur de Louis XIV. De 1589 à 1631, Charles I de Gonzague, duc de Rethelois et de Nevers gouverne la Champagne et de Brie. Lui succède la lignée des Bourbons par le comte de Soissons, le prince de Condé et le prince de Conti.

Duc de Verneuil –Bourbon–

- Henri de Bourbon, Duc de Verneuil (1601-1682). Gouverneur de Languedoc (1666-1682).

Gaston de Verneuil (1601-1682), qui se convertit au catholicisme le 9 décembre 1600, change son nom. A Gaston, il préfère Henri. Fils de Henri IV et de sa maîtresse Catherine-Henriette de Balzac d'Entragues, il naît un mois après le dauphin Louis, futur Louis XIII. Il est légitimé par son père Henri IV en janvier 1603. Evêque de Metz, prince du Saint-Empire, de 1612 à 1652, il devient chevalier du Saint-Esprit le 31 décembre de 1661, puis entra au Parlement comme duc et pair de Verneuil le 15 décembre 1663.

Henri de Verneuil fut ambassadeur en Angleterre dès 1665, épouse le 29 octobre 1668 Charlotte Séguier (1622-1704), fille du chancelier Pierre Bethune, duc de Villemor, veuve de Maximilien-François de Béthune, duc de Sully. Henri de Verneuil meurt le 28 mai 1682 et ne peut bénéficier de l'Edit du 5 mai 1694. L'Edit de «la promotion des légitimés», confirmant pour les «légitimés» de France un rang intermédiaire entre les pairs et les princes du sang. Le duc de Verneuil fut gouverneur du Languedoc de 1666 jusqu'à sa mort en 1682.

Duc De Nemours –Savoie–

- Charles-Emmanuel Ier de Savoie, Duc de Nemours (1562-1630). Gouverneur de Lyonnais (1588-1595).

La lignée de Savoie, créée par le prince Humbert Blanches-Mains (980-1051), est issue de comtes ayant obtenu le titre de duc grâce à l'Empereur Sigismond de Luxembourg en 1416. Un des descendants de ces ducs, Jacques de Savoie (†1571), duc de Nemours, gouverna le territoire du Lyonnais de 1562 à 1571 et permit à Emmanuel-Philibert Tête de Fer de devenir duc de Nemours. Charles-Emmanuel Ier, fut duc de Savoie en 1580 à la mort de son père Emmanuel-philibert Tête-de-Fer (1528-1580). Fils de Marguerite de France, fille de

François Ier, il épouse Catherine d'Autriche (†1597), fille de Philippe II, roi d'Espagne.

Grandement appuyé par la couronne espagnole, il tente d'obtenir le pouvoir royal en s'opposant au candidat calviniste Henri de Bourbon, futur Henri IV. Ce dernier le vaint et lui fait signer le traité de Lyon en 1601. La lignée de Savoie perd alors son importance au sein de la Cour de France jusqu'en 1687 lorsque qu'elle participe aux alliances et influence le royaume dans la politique extérieure. Écarté de toutes les aspirations au trône de France, Charles Emmanuel de Savoie change d'attitude politique et dès 1601 il convoite le trône d'Espagne étant donné son mariage avec la fille de Philippe II. Il tenta de diriger ses enfants vers la péninsule ibérique afin de leur permettre l'accès au trône hispanique si l'opportunité se présentait. Philippe III, en effet, n'avait encore aucun descendant. mais en 1606 naît le fils de Philippe III, le futur Philippe IV, ce qui met un terme aux prétentions de Charles-Emmanuel de Savoie.

Avec pour unique obsession l'accès au trône pour lui ou ses enfants, il revient à Turin et en 1608 dirige une expédition contre les Turcs pour conquérir le royaume de Macédoine sans succès. Convaincu de rejoindre sa patrie, le 25 avril 1610, il signe un pacte d'alliance avec Henri IV promettant au Duc de Savoie et de Nemours le duché de Milan avec le titre de roi. L'assassinat de Henri IV par Ravailiac empêcha l'application de cet accord.

Opposé aux Gonzague de Mantoue pour la succession de Montferrat, Charles-Emmanuel devient le satellite de la diplomatie française. Parmi ses nombreux descendants, l'on distingue: Philippe-Emmanuel (1586-1605), prince de Piémont mort en Espagne, Victor-Amédée Ier (1587-1637), Emmanuel-Philibert (1588-1624) vice roi de Sicile pour le roi d'Espagne Philippe III, m'Arguerite (1589-1655) mariée en 1608 à François Gonzague, duc de Mantoue en 1612, veuve en 1613, nommée régente du Portugal par son cousin germain le roi d'Espagne Philippe IV. Enfin, pendant sept ans (1588-1595) Charles-Emmanuel Ier de Savoie, duc de Savoie et de Nemours fut gouverneur du Lyonnais.

Duc D'Antin –Pardaillan–

– Louis-Antoine de Pardaillan de Gondrin, Duc d'Antin (1665-1736). Gouverneur de Orléannais (1707-1736)

Issu d'une famille de Guyenne depuis 1230, Louis-Antoine de Pardaillan de Gondrin (1665-1736) est fils légitime de Louis-Henri de Pardaillan de Gondrin (†1702), marquis de Montespan et de Françoise-Athenais de Rochechouart (†27 mai 1707).

Il entra au service du roi à 18 ans (1683) et réalisa une carrière militaire rapide et brillante. Il devint maréchal de camp en 1696, lieutenant général en 1703 à 38 ans. Il s'illustra dans la guerre franco-espagnole en tant qu'aide de camp de Monseigneur au cours du siège de Philippsbourg (1688), il fut blessé au siège de Montmélián, combattit à Steinkerque (1692) jusqu'à la paix

de Ryswick. A Ramillies, Louis Antoine organisa l'infanterie de l'aile gauche en obtenant de grands succès militaires. Ainsi il fut nommé lieutenant général d'Alsace en 1686 et gouverneur d'Orléans et de l'Orléanais dès 1707, charge qu'il occupa jusqu'à sa mort en 1736.

En outre, et laissant de côté sa carrière militaire, Louis-Antoine fut protecteur de l'académie de peinture et de sculpture, duc et pair d'Antin depuis mars 1711, président du conseil des affaires du dedans en septembre 1715, conseiller de la Régence de Louis XV en 1718, chevalier del'Ordre du Saint-Esprit dès le 3 juin 1724. Enfin. Le duc d'Antin épousa en 1686 Julie-Françoise de Crussol, fille du duc d'Uzés.

Duc de la Force –Gaumont–

– Jacques Nompar de Caumont, Duc de la Force (1559-1652). Gouverneur de Navarre et Bearn (1593-1621).

La maison de Caumont, originaire du Périgord, remontait sa filiation au début XIIIe siècle. Au XVIes, au sein de ce lignage s'illustra Jacques Nompar de Caumont (1559-1652). Jacques Nompar de Caumont prêta ses services militaires au roi Henri IV à Arques -où il s'agissait de l'honneur et de la liberté de la France- (1589) et participa au soulèvement huguenot du Midi (1621). Il fut capitaine des gardes du corps, arrivant à être maréchal de France le 27 mai 1622.

De 1622 a 1637 il remporte une série de victoires à Pignerol, à Carignan contre les Espagnols, en Languedoc contre les sujets révoltés, à Philisburg contre les Impériaux. Il s'illustre encore en 1636 et se trouve à la reprise de Corbie. Pour ces faits et sa fidélité à Louis XIII, il sera fait duc et pair de la Force en juillet 1637, titre transmis successivement à ses fils Armand-Nompar de Caumont (1578-1675) et Henri-Nompar de Caumont (1582-1678), fruit de son mariage en 1577 avec Charlotte de Gontaut-Biron. En 1643, le vieux maréchal et duc de La Force démontre son courage lorsque celui-ci proclama que «il aurait souhaité mourir à Rocroi». En 1650, la ville de Caumont fait présent au maréchal de La Force de cent sacs d'avoine, en reconnaissance des services qu'il lui a rendus, en la préservant des logements militaires.

Duc D'Humières –Crevant–

– Louis IV de Crevant, Duc d'Humières. Gouverneur de Bourbonnais (1660-1670).

– Louis V de Crevant, Marquis d'Humières. Gouverneur de Flandres (1673-1694).

Louis de Crevant (1628-1694), marquis puis duc d'Humières, obtint en 1646 le gouvernement de Compiègne hérité de son père, le marquis d'Humières. Nommé maréchal de camp en 1650, il servit l'armée française établie en Flandres dès l'année suivante. Il participa aux évènements d'Arras et Landrecies, à la bataille de Dunkerque et d'Ypres, ville dont il se vit accorder

le commandement. L'année suivante, le roi le nomma gouverneur du Bourbonnais, gouvernement qu'il occupa jusqu'en 1670. Devenu protégé du ministre de la guerre, il resta en Flandres de 1667 à 1675. Il fut nommé gouverneur de Lille et maréchal de France le 8 juillet 1668.

Envoyé servir sous les ordres de Turenne, alors maréchal général des camps et des armées, il refusa de se soumettre aux ordres de ce dernier. Cela entraîna sa disgrâce (1672), finalement il se soumit sous l'influence de sa femme, Antoinette de la Châtre, dame du palais de la Reine, femme belle et riche, qui sut bénéficier de l'affection de Turenne, compagnon d'armes de son père. Dès 1675, il participe aux campagnes militaires en Hollande. Il fut nommé gouverneur de Flandres dès 1673 et du Hainaut en 1676 jusqu'à sa mort en 1694. Il devient également grand maître de l'Artillerie, colonel-lieutenant des fusiliers du roi et colonel-lieutenant des bombardiers en 1685. Cette même année, il put joindre la commission qui accompagnait Jacques II d'Angleterre sur le trône. Il fut fait chevalier des ordres du roi en 1688. Louis XIV le nomma duc et pair de France en avril 1690.

Duc d'Alençon –Valois–

– Charles, Duc d'Alençon. Gouverneur de Bretagne (1515-1525). Gouverneur de Normandie (1515-1525)

Les territoires de Bretagne et Normandie, situés au nord-est de la France, se caractérisent pour avoir été des zones de conflits au cours de la guerre de Cent Ans ainsi que lors de leur incorporation politique à la Couronne de France. En Bretagne, la bataille de Saint-Aubin-du-Cormier du 28 juillet 1488 marqua la fin de l'indépendance bretonne: le duc François II vaincu par les armées françaises, décéda peu après. Sa fille, la duchesse Anne épousa alors François d'Angoulême, devenu François Ier l'année suivante et céda à son époux le duché accepté en 1524. Pendant cette période, Charles de Valois, duc d'Alençon, gouverne la Bretagne et la Normandie de 1515 à 1525.

Duc d'Etampes –Brosse–

– Jean de Brosse, Duc d'Etampes. Gouverneur de Bretagne (1543-1565).

Le XVI^e siècle et les deux premiers tiers du XVII^e siècle représentant pour le territoire de Bretagne l'Age d'Or est marqué par une agriculture prospère, des productions variées, parfois excédentaires évitant ainsi à la province de connaître la famine même si la peste sévit rudement. La population croît, elle passe de hypothétiquement 1,30 million d'habitants en 1500 à sans doute 2 millions en 1670-1680. L'importante industrie rurale des toiles de lin pour le vêtement et de chanvre pour les voiles de navire ou les emballages associe les campagnes, les zones de fabrication et les ports exportateurs de Morlai, Saint-Malo, Nantes. La Bretagne représente à la fin du XVI^e siècle la huitième puissante exportatrice européenne vers les territoires coloniaux de l'Espagne de la

Maison d'Autriche. Au cours de cette étape gouverne le duc d'Etampes, Jean de Brosse pendant vingt-deux années de 1543 à 1565.

Duc de Nevers –Cleves–

– François I de Cleves, Duc de Nevers. Gouverneur de Champagne et Brie (1545-1561).

Les quatorze princes étrangers ducs et pairs français de cette époque appartenaient à six grandes familles: Savoie-Nemours, Luxembourg, Gonzague-Nevers, Lorraine, Rohan et Clèves, cette dernière étant l'une des plus importantes de la noblesse française. La Maison de Clèves descend d'Engilbert, comte de La Marck, décédé en 1328. L'un des descendants de la seconde moitié du XVI^e siècle fut François de Clèves qui obtint le duché de Nevers, lié à la Maison du Cardinal Mazarin au XVII^e siècle par la lignée Mancini.

François I de Clèves fut nommé gouverneur de Champagne et Brie en 1545 et occupa la fonction jusqu'à sa mort en 1561. Lui succèdent la lignée de Lorraine par les personnes de François et Henri de Lorraine, ducs de Guise, de 1563 à 1588 et la lignée de Gonzague avec Charles I de Gonzague, duc de Rethelois de 1589 à 1631. En 1570, Henri, troisième duc de Guise et petit-fils de Claude de Nevers épouse Catherine de Clèves, fille de François I, duc de Nevers.

Duc de Bouillon –La Marck–

– Robert de La Marck, Duc de Bouillon. Gouverneur de Normandie (1552-1556).

– Henri-Robert de La Marck, Duc de Bouillon. Gouverneur de Normandie (1556-1574).

La famille La Marck appartenait, tout comme les lignées de Bournonville, Croy, Fitz-James et Gorrevod, à un ensemble réunissant des maisons de caractère partiellement étranger. De 1552 à 1574, la lignée La Marck dirigera le destin politique de la Normandie, grâce au titre de duc de Bouillon. Le gouvernement sera assumé par la ligne directe paternelle c'est-à-dire par Robert de La Marck, duc de Bouillon (+1556) nommé gouverneur en 1552, fonction qu'il occupera jusqu'à sa mort, puis par son fils Henri-Robert de La Marck qui gouvernera la Normandie jusqu'en 1574.

La petite-fille de Henri-Robert de La Marck, duc de Bouillon, Charlotte de La Marck, hérita du duché de Bouillon. Henri IV approuva le mariage en 1594 d'Henri de La Tour d'Auvergne (1555-1623), maréchal de France et prince de Sedan. La lignée De La Tour, en s'unissant aux ducs de Bouillon connaîtra une rapide ascension vers le pouvoir, conservant le soutien de la Couronne, soutien qui jusqu'alors était accordé aux ducs de Guise qui au XVI^e siècle entraient en décadence.

Duc de Guise –Lorraine–

- Claude de Lorraine, Duc de Guise (1528), Duc de Mayenne (1544). Gouverneur de Champagne et Brie.
- François de Lorraine, Duc de Guise. Gouverneur de Champagne et Brie (1563).
- Henri de Lorraine, Duc de Guise. Gouverneur de Champagne et Brie (1563-1588).
- Charles de Lorraine, Duc de Guise. Gouverneur de Provence (1594-1631).

La Maison de Guise est la prestigieuse lignée constituant la branche française de la maison souveraine de Lorraine. S'unirent à l'illustre nom Lorraine de grandes familles telles que Aumale, elboeuf, Armagnac, Brionne, Lambesc, Harcourt, Marsan et Mayenne. Son auteur est Claude de Lorraine, septième enfant de René II, duc de Lorraine et de Bar. Il devient successivement comte, puis duc de Guise (1528), duc de Mayenne (1544), gouverneur de Champagne et de Brie, grand veneur et chambellan.

Son fils, François de Lorraine, Duc de Guise (1520-1563) entreprend notamment la conquête des Trois-Évêchés, combat les protestants après la conjuration d'Amboise et devient lieutenant général du royaume. Il conserve et transmet à son fils, Henri de Lorena, le gouvernement de Champagne et Brie. Henri de Lorena, Duc de Guise, dit le Balafre (1549-1588) devient le véritable chef de la Ligue. Charles de Lorraine (1571-1640), sert fidèlement le roi Henri IV, fut Grand Maître, pair de France, amiral des mers du Levant. Fâché avec le cardinal de Richelieu, il décède près de Sienna en 1640.

Gouverneur du territoire de Provence dès 1594, à la suite de la lignée Nogaret qui se voit attribuée le duché d'Epéron, il épouse Henriette de Joyeuse, fille du duc de Joyeuse. Charles de Lorraine reçu tout au long de son existence le soutien de la cour. Ainsi la bienveillance royale cherche à lui venir en aide en lui accordant 600 000 livres afin qu'il puisse régler ses dettes ainsi que celles de son père. Cette aide économique avec le butin obtenu au cours de la bataille navale gagnée contre les habitants de La Rochelle le 27 octobre 1622, lui permettent à la veille de sa mort de posséder l'une des plus importantes fortunes du royaume évalué à 410 950 livres.

Duc de Mayenne –Lorraine–

- Charles de Lorraine, Duc de Mayenne. Gouverneur de Bourgogne et Bresse (1573-1595).
- Henri de Lorraine, Duc de Mayenne. Gouverneur de Guyenne (1618-1621).

L'important lignage de Lorraine se compose de nombreuses branches dont celle des ducs de Mayenne. Le frère de Charles de Lorraine (1554-1611), le duc de Guise fut assassiné à Blois le 23 décembre 1588 sur ordre de Henri III. C'est pour cela que Charles de Lorraine, ayant échappé à une arrestation ordonnée par le roi, devint le chef de la Ligue remplaçant ainsi son frère aîné. Cepen-

dant, brillant second, il ne fut jamais capable d'imaginer une stratégie conduisant à la victoire. Charles devint gouverneur de Bourgogne et Bresse en 1573, fonction qu'il occupa jusqu'en 1595. Il fut soutenu par un grand nombre d'adeptes dans son opposition au roi Henri III., puis Henri IV. Afin de l'éloigner de la Cour et de sa province, Henri III l'obligea à rejoindre la compagnie de Matignon en 1586 qui avait lutté contre les protestants aux frontières de la Dordogne.

Aux prémices de 1589, après le décès de ses frères, le Conseil des Seize, organe révolutionnaire dirigeant la Ligue, proclama Charles de Lorraine lieutenant général du royaume. C'est avec cette office qu'il amena la compagnie à la défaite par les batailles perdues d'Arques et d'Ivry cette même année puis en 1590 contre Henri IV devenu Roi, à la mort de Henri III. La Ligue était un mouvement révolutionnaire urbain composé de soldats médiocres envoyés par les villes et qui ne quittaient leur ville ou quartier que très difficilement. Par ailleurs, lors des Etats Généraux 1593, Charles de Lorraine eut beaucoup de mal à contrôler l'assemblée qui se réunissait afin d'élire un roi même si l'année suivante l'entrée de Henri IV dans Paris retirait tout objet à ce procédé.

Le roi Henri IV provoqua la démission de Charles de Lorraine, duc de Mayenne, de sa charge au sein des Etats Généraux en échange de grands avantages pécuniaires et des possessions. Son fils, Henri de Lorraine, duc de Mayenne, qui hérita du titre ducal à la mort de son père en 1611, devint gouverneur du territoire de la Guyenne au cours de la Régence de Marie de Médicis entre 1618 et 1621.

Duc de Nevers –Cleves–

– François I de Cleves, Duc de Nevers. Gouverneur de Champagne et Brie (1545-1561).

Duc de Nemours –Savoie– Gouverneurs de Lyonnais

– Jacques de Savoie, Duc de Nemours. Gouverneur de Lyonnais (1562-1571).

– Charles-Emmanuel de Savoie, Duc de Nemours. Gouverneur de Lyonnais (1588-1595).

Duc de Buillon –La Marck– Gouverneurs de Normandie

– Robert de La Marck, Duc de Buillon. Gouverneur de Normandie (1552-1556).

– Henri-Robert de La Marck, Duc de Buillon. Gouverneur de Normandie (1556-1574).

Gouverneurs de province du Royaume de France (1515-1715)1. *Paris et Ile de France*

- 1515-1519: Charles de Bourbon, Duc de Vendôme.
 1519-1523: François de Bourbon, Comte de St. Pol.
 1523-1526: Charles de Bourbon, Duc de Vendôme.
 1526-1528: Michel-Antoine, Marquis de Saluces.
 1529-1532: François de La Tour, viComte de Turenne.
 1532-1537: Antoine de La Rochefoucauld, Sgr de Barbezieux.
 1538-1551: François de Montmorency, Sgr de Rochepot.
 1551-1556: Gaspard de Coligny.
 1556-1579: François de Montmorency.
 1579-1587: René de Villequier, Baron de Clairvaux.
 1587-1594: François d'O, Sgr d'O.
 1594-1596: Le Roi. Lieutenant général: Antoine d'Estrées.
 1596-1600: Antoine IV d'Estrées, Marquis de Coeuvres.
 1600-1607: François de la Grange, Sgr de Montigny.
 1607-1620: Charles du Plessis, Marquis de Guercheville Le Roi.
 1620-1648: Hercule de Rohan, Duc de Montbazou.
 1624-1687: Charles, Duc de Créqui.
 1648-1657: François de l'Hôpital, Comte de Rosnay.
 1657-1662: Ambroise de Boumonville.
 1662-1669: Antoine, Duc d'Aumont.
 1669-1676: Gabriel de Rochechouart, 1er Duc de Mortemart.
 1676-1687: Charles III, Duc de Créqui.
 1687-1704: Léon Potier, dit le Duc de Gesvres.
 1594-1609: Antoine IV d'Estrées, Marquis de Coeuvres.
 1609-1620: Charles du Plessis, Marquis de Guercheville.
 1620-1654: Hercule de Rohan, Duc de Montbazou.
 1654-1670: François-Annibal Ier d'Estrées, Duc d'Estrées.
 1670-1687: François-Annibal II d'Estrées, Duc d'Estrees.
 1687-1698: François-Annibal III d'Estrées, Duc d'Estrée.
 1698-1719: Louis-Armand d'Estrées, Duc d'Estrées.
 Jean François de Fautoas d'Averton, Comte de Belin.

2. *Bretagne*

- 1515-1525: Charles, Duc d'Alençon.
 1526-1531: Guy XVI, Comte de Laval (Nicolas de Montfort).
 1531-1543: Jean de Laval, Sgr de Chateaubriant.
 1543-1565: Jean de Brosse, Duc d'Etampes.
 1565-1569: Sebastien de Luxembourg, viComte de Martigues.
 1569-1582: Louis de Bourbon, Duc de Montpensier.
 1582-1598: Philippe-Emmanuel de Lorraine, Duc de Mercoeur.

1598-1626: César de Bourbon, Duc de Vendôme.
1625-1698: Charles d'Albret, Duc de Chaulnes.
1626-1627: Pons de Lauzières, Marquis de Thémînes.
1631-1642: Armand-Jean du Plessis, cardinal de Richelieu.
Vacance. Lieutenant général: Charles II de la Porte, Duc de la Meilleraye.
1655-1666: Anne d'Autriche.
1670-1695: Charles d'Albert d'Ailly, Duc de Chaulnes.
1695-1737: Louis-Alexandre de Bourbon, Comte de Toulouse.

3. *Bourgogne [et Bresse]*

1526-1543: Philippe Chabot, Sgr de Brion.
1543-1550: Claude de Lorraine, Comte de Guise.
1550-1573: Claude de Lorraine, Duc d'Aumale.
1573-1595: Charles de Lorraine, Duc de Mayenne.
1595-1602: Charles de Gontaut, Baron de Biron.
1602-1610: Louis, Dauphin de France.
1610-1631: Roger de Saint-Lary, Duc de Bellegarde.
1631-1646: Henri II de Bourbon, Prince de Condé.
1646-1650: Louis II de Bourbon, Prince de Condé.
1650-1660: Bernard de Nogaret, Duc d'Épernon.
1660-1672: Louis II de Bourbon, Prince de Condé.
1672-1709: Henri-Jules de Bourbon, Prince de Condé.

4. *Champagne et Brie*

1524-1543: Claude de Lorraine, Comte de Guise.
1543-1545: Charles, Duc d'Orléans.
1545-1561: François I de Cleves, Duc de Nevers.
1563: François de Lorraine, Duc de Guise.
1563-1588: Henri de Lorraine, Duc de Guise.
1589-1631: Charles Ier de Gonzague, Duc de Rethelois.
1631-1641: Louis de Bourbon, Comte de Soissons.
1643-1644: François de l'Hôpital, Comte de Rosnay.
1644-1647: Louis II de Bourbon, Prince de Condé.
1647-1649: Armand de Bourbon, Prince de Conti.
janvier 1649-avril 1649: François de l'Hôpital, Comte de Rosnay.
avril 1649-janvier 1650: Armand de Bourbon, Prince de Conti.
février 1651-1654: idem.
1655-1660: François de l'Hôpital, Comte de Rosnay.
janvier 1660-février 1660: Armand de Bourbon, Prince de Conti.
1675-1688: Louis-Victor de Rochechouart, Duc de VivonneMortemart.
1688-1691: François-Henri de Montmorency, Duc de PineyLuxembourg.
1692-1694: François de Rohan, Prince de Soubise.
1694-1741: Hercule-Mériadec de Rohan, Duc de Rohan-Rohan, Prince de Soubise.

5. *Dauphiné*

- 1516-1519: Artus Gouffier, Sgr de Boisy.
- 1519-1525: Guillaume Gouffier, Sgr de Bonnavet.
- 1525-1526: Michel-Antoine, Marquis de Saluces.
- 1526-1545: François I de Bourbon, Comte de St. Pol.
- 1545-1546: François II de Bourbon, Comte d'Aumale.
- 1547-1563: François de Lorraine, Comte d'Aumale.
- 1563-1565: Charles de Bourbon, Prince de la Roche-sur-Yon.
- 1565-1567: Louis de Bourbon, Duc de Montpensier.
- 1567-1588: François de Bourbon, Prince Dauphind' Auvergne.
- 1588-1592: Henri de Bourbon, Prince de Dombes.
- 1592-1595: Jean VII d'Aumont.
- 1595-1602: François de Bourbon, Prince de Conti.
- 1600-1677: François de Bonne, Duc de Lesdiguières.
- 1602-1612: Charles de Bourbon, Comte de Soissons.
- 1612-1641: Louis de Bourbon, Comte de Soissons.
- 1642-1661: François de Bonne de Créqui, Duc de Lesdiguières.
- 1661-1681: François-Emmanuel de Bonne, Duc de Lesdiguières.
- 1681-1691: François III d'Aubusson, Duc de Roanez, Comte de la Feuillade.
- 1691-1725: Louis d'Aubusson, Duc de Roanez, Comte de la Feuillade.

6. *Guyenne*

- 1515-1528: Odet de Foix, Sgr de Lautrec.
- 1528-1555: Henri d'Albret.
- 1555-1562: Antoine de Bourbon.
- 1562-1589: Henri de Bourbon, roi de Navarre.
- 1589-1596: Le Roi.
- 1596-1618: Henri II de Bourbon, Prince de Condé.
- 1618-1621: Henri de Lorraine, Duc de Mayenne.
- 1622-1634: Jean-Louis de Nogaret de la Valette, Duc d'Épernon.
- 1634-1636: Bernard de Nogaret de la Valette, Comte de Candale.
- 1636-1642: Henri II de Bourbon, Prince de Condé.
- 1642-1643: Henri de Lorraine, Comte d'Armagnac.
- 1643-1651: Bernard de Nogaret de la Valette, Duc d'Épernon et de la Valette.
- 1651-1655: Louis II de Bourbon, Prince de Condé.
- 1655-1660: Armand Ier de Bourbon, Prince de Conti.
- 1660-1661: Bernard de Nogaret de la Valette, Duc d'Épernon et de la Valette.
- 1661-1671: vacant. Lieutenant général, Marquis de SaintLuc.
- 1671-1676: César-Phoebus d'Albret, Comte de Miossans.
- 1676-1683: Gaston-Jean, Duc de Roquelaure.
- 1683-1689: vacant.
- 1689-1694: Guy-Aldonce de Durfon, Duc de Lorge.
- 1689-1695: Louis-Alexandre de Bourbon, Comte de Toulouse.

1695-1698: Charles d'Albert d'Ailly, Duc de Chaulnes.

1698-1712: Charles-Honoré d'Albert, Duc de Luynes, de Chevreuse et de Chaulnes.

7. *Languedoc*

1526-1542: Anne de Montmorency, Baron de Montmorency.

1544-1546: François de Bourbon, Comte d'Enghien.

1546: Jacques de Genouillac, Baron de Capdenac.

1546-1547: François de Valois, fils d'Henri Dauphin.

1547-1563: Anne de Montmorency, Baron de Montmorency.

1563-1614: Henri Ier de Montmorency, Duc de Montmorency, connu sous le nom de Seigneur de Damville.

1614-1632: Henri II de Montmorency, Duc de Montmorency et de Damville. oct. 1632: Henri de Schomberg, Comte de Nanteuil.

1632-1644: Charles de Schomberg, Duc d'Halwin.

1644-1660: Gaston, Duc d'Orléans.

(Lieutenant général avec rang et honneurs de Gouverneur, maréchal de Schomberg).

1660-1666: Armand Ier de Bourbon, Prince de Conti.

1666-1682: Henri de Bourbon, Duc de Verneuil.

1682-1718: Louis-Auguste de Bourbon, Duc du Maine.

(Commandant général: Antoine II, Duc de Roquelaure).

8. *Lyonnais*

1518-1525: Jacques de Chabannes, Sgr de La Palisse.

1525-1526: Charles de Chabannes, Sgr de La Palisse.

1526-1532: Théodore Trivulce.

1532-1539: Pomponio Trivulce.

1539-1549: Jean d'Albon, Sgr de St. André.

1550-1562: Jacques d'Albon, Sgr de St. André.

1562-1571: Jacques de Savoie, Duc de Nemours.

1571-1588: François de Mandelot, Sgr de Pacy.

1588-1595: Charles-Emmanuel de Savoie, Duc de Nemours.

1595-1607: Philibert de la Guiche.

1607-1612: César de Bourbon, Duc de Vendôme.

1612-1642: Charles de Neufville, Marquis de Villeroy.

1642-1685: Nicolas V de Neufville, Duc de Villeroy.

1685-1730: François de Neufville, Duc de Villeroy.

Guillaume de Gadagne, Baron de Verdun.

9. *Normandie*

1515-1525: Charles, Duc d'Alençon.

1526-1531: Louis de Brézé, Comte de Maulevrier.

1531-1536: François Dauphin.

1536-1547: Henri Dauphin.

1547-1552: Claude d'Annebaut, Sgr de' Annebaut.
 1552-1556: Robert de La Marck, Duc de Buillon.
 1556-1574: Henri-Robert de La Marck, Duc de Buillon.
 Jean de Mouy, Sgr de La Meilleraye.
 1574-1583: Jacques de Goyon, Sgr de Matignon.
 Tannequy Le Veneur, Sgr de Carrouges.
 1583-1587: Anne de Joyeuse, Duc de Joyeuse.
 1587-1588: Jean Louis de Nogaret de La Valette, Duc d'Epéron.
 1588-1592: François de Bourbon, Duc de Montpensier.
 1592-1608: Henri de Bourbon, Duc de Montpensier.
 1608-1610: Louis, Dauphin de France.
 1610-1612: Charles de Bourbon, Comte de Soissons.
 1612-1619: La Reine Marie de Médicis.
 1619-1663: Henri II d'Orléans, Duc de Longueville.
 1663-1672: Charles-Paris d'Orléans, Duc de Longueville
 1672-1690: Jean-Louis d'Orléans, s.j., Duc de Longueville.
 Depuis 1663: commandant général: Duc de Montausier.
 1691-1726: Charles-François de Montmorency, Duc de PineyLuxembourg.

10. *Picardie (Artois-Boulonnais-Pays Reconquis)*

1519-1537: Charles de Bourbon, Duc de Vendôme.
 1537-1538: François de Montmorency, Sgr de Rochepot.
 1538-1555: Antoine de Bourbon.
 1555-1559: Gaspard de Coligny.
 1560-1561: Louis de Bourbon, Prince de Condé.
 1569-1673: Léonor d'Orléans, Duchesse de Longueville.
 1573-1588: Henri de Bourbon, Prince de Condé.
 1588-1589: Louis de Gonzague, Duc de Nevers.
 1589-1595: Henri Ier d'Orléans, Duc de Longueville.
 1595-1618: Henri II d'Orléans, Duc de Longueville.
 1618-1621: Charles d'Alben, Duc de Luynes.
 1623-1626: François IV de Bonne, Duc de Lesdiguières.
 1627-1631: Charles III de Lorraine, Duc d'Elboeuf.
 1631-1633: Claude de Lorraine, Duc de Chevreuse.
 1633-1643: Honoré II d'Albert, Duc de Chaulnes.
 1643-1677: Charles III de Lorraine, Duc d'Elboeuf.
 1677-1748: Henri de Lorraine, Duc d'Elboeuf.

11. *Provence*

1515-1525: René, bâtard de Savoie.
 1525-1566: Claude de Savoie, Comte de Tende.
 1566-1572: Honorat de Savoie, Comte de Tende.
 1572-1573: Gaspard de Saulx-Tavannes, Baron de Sully.
 1573-1578: Albert de Gondi, Comte d'Oyen.
 1578-1579: François de La Baume, Comte de Suze.

1579-1586: Henri d'Angoulême.
1586-1588: Jean-Louis de Nogaret de La Valette, Duc d'Épernon.
1588-1592: Bernard de Nogaret, Seigneur de la Valette.
1592-1594: Jean-Louis de Nogaret, Duc d'Épernon.
1594-1631: Charles de Lorraine, Duc de Guise.
1612-1669: Louis de Bourbon, Duc de Vendôme, cardinal.
1631-1637: Nicolas de l'Hôpital, Marquis puis Duc de Vitry.
1637-1653: Louis-Emmanuel de Valois, Duc d'Angoulême.
1653-1669: Louis de Bourbon, Duc de Vendôme.
1654-1712: Louis-Joseph, Duc de Vendôme.
1669-1712: Louis-Joseph de Bourbon, Duc de Vendôme.
1712-1734: Claude-Louis-Hector, Duc de Villars.

12. *Anjou*

1588-1609: Antoine de Silly, Comte de la Rochepo.t
1609-1619: Urbain de Montmorency-Laval, Marquis de BoisDauphin.
1619-1628: Marie de Médicis, Reine.
1628-1630: Martin du Bellay, Marquis de Thouarcé.
1630-1631: Antoine Coëffier de Ruzé, Marquis d'Effiat.
1631-1636: Louis de Nogaret, cardinal de la Valette.
1636-1649: Urbain de Maillé-Brezé, Marquis de Brezé.
1649-1655: Henri Chabot, Duc de Rohan.
1655-1660: vacant.
1660-1666: Henri de Lorraine, Comte d'Armagnac.
1666-1718: Louis de Lorraine, Comte d'Armagnac.

13. *Maine, Perche et Laval*

1584-1586: Henri, Duc de Joyeuse.
1586-1592: Antoine-Scipion, Duc de Joyeuse.
1592-1614: Jean III de Beaumanoir, Marquis de Lavardi.
1614-1623: Henri 1er de Beaumanoir, Marquis de Lavardi.
1623-1627: Louis de la Châtre, Baron de Maisonfort.
1627-1651: René Potier, Duc de Tresmes.
1651-1670: Léon Potier, Duc de Tresmes, dit le Duc de Gesvres.
1670-1677: François-Louis 1er du Bouchet, Marquis de Sourches.
1677-1690: Alphonse-Noël de Bullion, Marquis de Fervaques.
1690-oct. 1715: Charles-Denis de Bullion, Marquis de Gallar don.
1715-1745: Anne-Jacques de Bullion, Marquis de Fervaque.

14. *Touraine*

1586-1592: Antoine-Scipion, Duc de Joyeuse.
1592-1610: Gilles de Souvré, Marquis de Courtanvaux.
1610-1627: Jean II de Souvré, Marquis de Courtanvaux.
1627-1630: Antoine Coëffier de Ruzé, Marquis d'Effiat.
1638-1720: Philippe de Courcillon, Marquis de Dangeau.

- 1642-1643: Louis-François Potier, Marquis de Gesvres.
 -1661: César d'Aumont, Marquis de Clairvaux.
 1661-1661: François de Beauvillier, Comte de Saint-Aignan.
 -1719: Philippe de Courcillon, Marquis de Dangeau.

15. *Saumurois*

- 1589-1621: Philippe de Mornay, Seigneur du Plessis-Marly.
 1621-1626: Comte de Sault (or dans cette famille d'Agout, Comtes de Sault avant l'héritage Créqui, personne n'est jamais précisé Gouverneur de province).
 1626-1650: Urbain de Maillé-Brezé, Marquis de Brezé.
 1650-1663: François de Cominges, Seigneur de Guitaut.
 1663-1670: Gaston de Cominges, dit le «Comte de Cominges».
 1670-1712: Louis de Cominges, dit le «Comte de Cominges».
 1712-1744: Louis-François d'Aubigné, Sgr de la Touche, dit le «Comte d'Aubigné».

16. *Orléannais*

- 1588-1666: Charles d'Escoubleau, Marquis de Sourdis.
 -1630: François de Valois, Duc de Fronsac.
 1630-1634: Gaston, Duc d'Orléans.
 1635-1666: Charles d'Escoubleau, Marquis de Sourdis.
 1666-1690: Paul d'Escoubleau, Marquis de Sourdis.
 1690-1707: François d'Escoubleau, «Comte» de Sourdis.
 1707-1736: Louis-Antoine de Pardailan, Duc d'Antin.

17. *Poitou*

- 1593-1653: Henri de Baudéan, Comte de Parabère.
 François, Duc de la Rochefoucauld.
 1613-1680: François, Duc de la Rochefoucauld.
 1616-1680: Charles, Duc de la Vieuville.
 1622-1650: François V, Duc de la Rochefoucauld.
 1650-1652: François VI, Duc de la Rochefoucauld.
 1652-1664: Arthus II Gouffier, Duc de Roanez.
 1664-1676: Charles II de la Vieuville, Duc de la Vieuville.
 1676-1717: René-François de la Vieuville, Marquis de la Vieuville.

18. *Navarre et Bearn*

- 1593-1621: Jacques Nompar de Caumont, Duc de la Force.
 1621-1622: Pons de Lauzières, Marquis de Thémines.
 -1644: Antoine II, Comte de Gramont.
 1644-1678: Antoine III, Duc de Gramont.
 1678-1720: Antoine IV, Duc de Gramont.
 (Les trois Gramont sont appelés «vice-roi»).

19. *Nivernais*

1546-1626: François de la Magdeleine, Marquis de Ragny.
1641-1707: Philippe Mancini, Duc de Nevers.

20. *Bourbonnais*

-1619: Duchesse d'Angoulême.
1619-1620: Jean-François de la Guiche, Comte de Saint-Géran.
1620-1631: Henri II de Bourbon, Prince de Condé.
1631-1632: Antoine Coëffier de Ruzé, Marquis d'Effiat.
1660-1670: Louis IV de Crevant, Duc d'Humières.
1670-1676: Jean-François de la Baume-le-Blanc, Marquis de la Vallière.
1676-1739: Charles-François de la Baume-le-Blanc, Duc de la Vallière.
Gilbert de Chazeron.

21. *Pays d'Aunis et La Rochelle*

-1622: Jean-Louis de Nogaret, Duc d'Épernon.
1622-1626: Charles de Choiseul, Marquis de Praslin.
1626-1630: Jean de Caylar, Marquis de Toiras.
Philippe-Julien Mancini, Duc de Nevers.
1665-1673: Philippe III de Montault-Bénac, Duc de Montau dit «Duc de Navailles».
1673-1677: Charles-Félix de Galéan, Comte de Gadagne.
1677-1684: Philippe II de Montault-Bénac, Duc de Montaul.
1688-1688: Philibert de Gramont, dit le Comte de Gramont.
1688-1710: Charles-Auguste Goyon de Matignon, Comte de Gacé.
1710- : Louis Goyon de Matignon, Comte de Gacé.

22. *Auvergne*

1584-1641: François de Noailles.
1589-1612: Charles de Valois, Comte d'Auvergne.
1612-1614: François de Bourbon, Prince de Conti.
1631-1632: Antoine Coëffier de Ruzé, Marquis d'Effiat.
1632-1634: Jean de Cavlar. Marquis de Toiras.
1634-1642: Gaston, Duc d'Orléans.
1642-1644: François de Noailles, Comte d'Ayen.
1644-1649: Honoré II d'Albert, Duc de Chaulnes (Mdf).
1649-1651: Jules, cardinal Mazarin.
1651-1658: Louis-Charles de Nogaret, dit le Duc de Candale.
1659-1721: Godefroy-Maurice de la Tour, Duc de Bouillon.

23. *Franche-Comté (conquête 1674)*

1674-1704: Jacques-Henri de Durfort, Duc de Duras.

24. *Le Havre*

1588-1595: André-Baptiste de Brancas, Sgr de Villars.
1595-1626: Georges de Brancas, Duc de Villars.

1626-1642: Armand-Jean du Plessis, cardinal de Richelieu.
 1642-1649: Armand-Jean de Vignerot, Duc de Richelieu.
 1649-1661: Marie-Madeleine de Vignerot, Duchesse d'Aiguillon.
 1661-1664: Philippe II de Montault-Bénac, Duc de Lavedan.
 1664-1687: François VII de Beauvillier, Duc de Saint-Aignan.
 1687-1714: Paul de Beauvillier, Duc de Saint-Aignan.
 Le Havre, gouvernement définitivement indépendant de la Normandie en 1675.

25. *Saintonge*

1589-1611: Bernard V de Béon, Baron de Bouteville.
 1611-1622: Jean-Louis de Nogaret, Duc d'Épernon.
 1622-1626: Charles de Choiseul, Marquis de Praslin.
 1626-1632: Henri de Schomberg, Comte de Nanteuil.
 1633-1645: Jean de Galard, Comte de Brassac.
 1645-1673: Charles de Sainte-Maure, Duc de Montausier.
 1673-1692: Emmanuel II de Crussol, Duc d'Uzès.
 1692-1693: Louis de Crussol, Duc d'Uzès.
 1693-1720: Jean-Charles de Crussol, Duc d'Uzès.

26. *Limousin*

1571-1591: Gilbert III de Lévis, Duc de Ventadour.
 1591-1596: Anne de Lévis, Duc de Ventadour.
 1596-1622: Jean-Louis de Nogaret, Duc d'Épernon.
 1600-1649: Charles de Lévis, Duc de Ventadour.
 1622-1632: Henri de Schomberg, Comte de Nanteuil.
 Vacance. Commandant: Jean, Marquis de Pompadour.
 1648-1651: François-Christophe de Lévis, Duc de Damville.
 1652-1656: Anne de Lévis, archevêque de Bourges.
 1656-1675: Henri de la Tour d'Auvergne, viComte de Turenne.
 1675-1707: Frédéric-Maurice de la Tour, Comte d'Auvergne.

27. *Périgord*

(De 1665 à 1690 le Périgord et le Quercy ont un «Gouverneur» soumis au Gouverneur de Guyenne, M de Bordeilles puis le Marquis de Laurières, sou le titre de sénéchal. Après 1682 le Quercy a son propre «Gouverneur sénéchal», le Marquis de Saint-Alvère de Lostanges, Baron de Vigean.) (Emmanuel Galliot de Lostanges, Marquis de Saint-Alvère puis son fils Louis, Emmanuel, puis le fils de Louis, Arnaud-Louis.)

28. *Foix-Danezan-Andorre*

(Province acquise; indépendante du Languedoc en 1666).
 1646-1673: Armand-Jean de Peyres, Comte de Troisvilles, dit Tréville.
 1673-1678: Jean-Roger de Foix-Rabat, dit le «Marquis de Foix».
 1678-1687: Gaston-Jean de Lévis, Marquis de Mirepoix.
 1687-1699: Gaston-Jean II de Lévis, Marquis de Mirepoix.

1701-1702: Camille d'Hostun, Duc d'Hostun, Comte de Tallard.
29. Flandres («Nouvelles Conquetes», puis «Flandres Françaises»)
1673-1694: Louis de Crevant, Marquis d'Humières.
1694-1711: Louis-François de Boufflers, Duc de Boufflers.
1711-? : Joseph-Marie de Boufflers, Duc de Boufflers.

30. *Pays Boulonnais*

1635-1669: Antoine, Duc d'Aumont.
1669-1704: Louis-Marie, Duc d'Aumont.
1704-1723: Louis, Duc d'Aumont.

31. *Dunkerque*

(Après 1687, gouvernement de province indépendant de la Picardie.)
1646-1650: Josias, Comte de Rantzau.
1650-1651; 1669-1686: Godefroy, Comte d'Estrades.
1686-1692: Louis, Marquis d'Estrades.
1692-1714: Jacques-Léonor Rouxel, Comte de Médavy.
1714-1729: François Rouxel, Marquis de Grancey.

32. *La Marche*

1589-1591: Gaspard Foucault, Sgr de Saint-Germain-Beaupré.
1591-1633: Gabriel Foucault, Sgr de Saint-Germain-Beaupré.
1633-1674: Henri Foucault, Marquis de Saint-Germain-Beaupré.
1674-1719: Louis Foucault, Marquis de Saint-Germain-Beaupré.

33. *Berry*

1584-1589: Claude de la Châtre, Baron de Maisonfort.
1589-1594: Antoine de la Grange, Seigneur d'Arquien.
1594-1614: Claude de la Châtre, Baron de Maisonfort.
1614-1616: Louis de la Châtre, Baron de Maisonfort.
juin-oct. 1616: Henri II de Bourbon, Prince de Condé.
1616-1617: François de la Grange, Seigneur de Montigny.
1617-1619: Nicolas de l'Hôpital, Duc de Vitry.
1619-1646: Henri II de Bourbon, Prince de Condé.
1646-1655: Louis II de Bourbon, Prince de Condé.
juin 1655-avr. 1656: Armand de Bourbon, Prince de Conti.
1656-1665: Philippe de Clérembault, Comte de Palluau.
1666-1671: Jean de Schomberg, Comte de Mondejeux.
avr.-déc. 1671: Antoine-Nompar de Caumont, Comte de Lauzun.
1671-1681: François VII de la Rochefoucauld, Prince de Marcillac.
1681-1692: François de Rohan, Prince de Soubise.
1692-1698: Charles, Comte d'Aubigné.
1698-mai 1715: Adrien-Maurice de Noailles, Comte d'Ayen puis Duc de Noilles.
1715-1736: Louis, Marquis d'Arpajon.

34. *Alsace*

- 1648-1659: Henri de Lorraine, Comte d'Harcourt.
 1659-1661: Jules, cardinal Mazarin.
 1661-1713: Armand-Charles de la Porte-Mazarin, Duc de la Meilleraye.
 1713-1730: Nicolas du Blé, Marquis d'Huxelles.

35. *Metz et Verdun*

- Charles de Luxembourg, Comte de Brienne.
 1583-1633: Jean-Louis de Nogaret, Duc d'Épernon.
 1633-1636: Louis de Nogaret, cardinal de la Valette.
 1644-1656: Charles de Schomberg, Duc d'Halwin.
 1656-1674: Henri II de Senneterre, Duc de la Ferté.
 1674-1703: Henri-François de Senneterre, Duc de la Ferté.
 1703-1710: Jean-Armand de Joyeuse-Grandpré, dit le «Marquis de Joyeuse».
 1710-1713: Claude, Duc de Villars.
 1713-1723: Jean-Philippe d'Estaing, Comte de Saillant.

36. *Toul*

- 1632-1675: César de Choiseul, Comte du Plessis puis Duc de Choiseul.
 1675-1684: César-Auguste, Duc de Choiseul.
 1684- : César-Auguste II, Duc de Choiseul.
 René Gillier de Puygareau, Marquis de Clérambault.
 -1702: François de l'Hôpital, dit le «Marquis de l'Hôpital».
 1702-1721: Louis de Melun, Marquis de Maupertuis.

37. *Lorraine et Barrois*

- Gabriel de la Vallée Fossés, Marquis d'Everly.
 1635-1643: Henri II de Bourbon, Prince de Condé.
 1643-1663: Henri de Senneterre, Duc de la Ferté.
 1663: La Lorraine rendue à son Duc.
 1679-1687: François de Blanchefon, Marquis de Créqui.
 1687-1694: Louis-François, Duc de Boufflers.
 1694-1697: Guy-Aldonce de Durfon-Duras, Duc de Lorge.
 1697: La Lorraine rendue à son Duc.

38. *Roussillon (ou Catalogne française)*

- (Conquête en 1642, annexée le 7 nov. 1659).
 1643-1645: François de Noailles, Comte d'Ayen.
 1659-1678: Anne, Duc de Noailles.
 1678-1698: Anne-Jules, Duc de Noailles.
 1698-1766: Adrien-Maurice, Duc de Noailles.

39. *Catalogne (vice-royauté) 1641-1651*

- 1641-1642: Urbain de Maillé, Marquis de Brezé.
 1642-1644: Philippe de la Mothe-Houdancourt, Comte de la Mothe.

1644-1647: Henri de Lorraine, Comte d'Harcoun.
1647-1648: Michel Mazarin, cardinal de Sainte-Cécile.
1648-1649: Charles de Schomberg, Duc d'Halwin.
1649-1651: Louis de Bourbon, Duc de Mercoeur.

40. *Laon*

1552-1598: Claude de l'Isle, Sgr de Marivaut.

41. *Auxerrois*

René Viau, Sgr de Chanlivaut.

42. *Chartres*

Claude Gruel de la Frette.

43. *Peronne*

Louis d'Oignies, Comte de Chaulnes.

44. *Compiègne et Calais*

Claude de Harville.
1565-1648: Louis de Cravant, Marquis d'Humières.

45. *Evreux*

Louis de Grimonville.

46. *Brest*

1558-1628: René de Rieux, Marquis d'Ouessant.

47. *Parthenay*

1568-1631: Charles de Vivonne, Baron de la Châtaigneraye.

48. *Aigues-Mortes*

François de Nagu, Marquis de Varenne.

49. *Puy*

Gaspard-Armand, viComte de Polignac.
1608-1692: Louis-Armand, viComte de Polignac.

50. *Estampes*

Jean de Monchy, Marquis de Montcravel.

51. *Monseigneur*

1620-1690: Charles de Saint-Maure, Duc de Montausier.

52. *Pignerol*

1612-1676: Antoine de Brouilly, Marquis de Pienne.

53. *Mouzon*

1620-1680: Charles-François de Joyeuse, Comte de Grandpré.

54. *Saint-Valéry*

1621-1689: Nicolas-Joachim Rouault, Marquis de Gamaches.

55. *Montpellier*

1611-1674: René-Gaspard de la Croix, Marquis de Castries.

56. *Angoumois*

1642-1692: Emmanuel de Crussol, Duc d'Uzés.

57. *Saint-Germain en Laye*

1622-1706: Henri de Mornay, Marquis de Montchevreuil.

ROGELIO PÉREZ BUSTAMANTE

LES DUCHES PAIRIES DE FRANCE ET LES GOUVERNEMENTS DES PROVINCES (1515-1715)

BIBLIOGRAPHIE

- ALBIOUSSE, Lionel d' : *Histoire des Duc d' Uzès*, Paris, 1887, in-8.°
- ANSELME, Pierre de Guibourgs, en religion le P. : *Histoire généalogique et chronologique de la Maison royale de France, des pairs, grands officiers de la couronne, de la Maison du Roi et des anciens Barons du royaume...*, 3.ª éd., Paris, 1726, 1733, 9 vol. Compléments de M. Pol Potier de Courcy, Paris, 1868-1884, in-fol. (essentiel).
- AUMALE, Henri, Duc d' : *Histoire des Princes de Condé pendant les seizième et dix-septième siècles*, Paris, 1863-1896, 8 vol. in-8.°
- AVENEL, ViComte d' : *La noblesse française sous Richelieu*, Paris, 1901, in-16.
- BARTHELEMY, Edouard de : *La noblesse de France avant et depuis 1789*, Paris, 1858, in-18 (précis et utile, notamment pour connaître la liste des dignitaires de quelques grandes charges).
- *Les Ducs et les Duchés français avant et depuis 1789*, Paris, 1867, in-8.°
- BATIFFOL, Louis : *Richelieu et le roi Louis XIII*, Paris, 1934, in-16, VI-320 p.
- BERGER DE XIVREY, Jules : *Recueil de lettres missives de Henri IV*, Paris, 1843-1858, 7 vol. in-4.° (dans collection des Documents inédits sur l' Histoire de France, 1.ª série, Histoire politique).
- BLADE, J. M. : *Le Duché-pairie de Gramont*, Paris, 1898, in-8.°, 80 p.
- BOTTOMORE, Thomas Burton : *Elites et société*, Traduction par Gérard Montfort, Paris, Stock, 1967, in-8.°
- BUFFENOIR, Maximilien : «La famille d' Estrées», dans *Bulletin de la Société historique et scientifique de Soissons*, 1957-1960.
- CAILLET, Jules : *L'administration en France sous le ministère de Richelieu*, 2.ª éd., Paris, 1860, 2 vol. In-12.
- CARLIER, Abbé Claude : *Histoire du Duché de Valois*, Paris, 1764, 3 vol. in-4
- CHÉERUEL, Adolphe : *Histoire de l'administration monarchique en France depuis L'avènement de Philippe Auguste jusqu'à la mort de Louis XIV*, Paris, 1855, 2 vol. In-8.°
- CHESNAYE-DESBOIS, F. A. Aubert de la : *Dictionnaire de la noblesse*, 3.ª éd., Paris, 1863-1876, 19 vol. in-4.° (cette édition est nettement supérieure aux précédentes. Cependant, ce dictionnaire donne des renseignements parfois bien incomplets).
- CHIZERAY, Henriette de : *Le cardinal de Richelieu et son Duché-pairie*, Presse de l'Office mécanographique, Paris, 1961, in-8.°, 32 p.
- CONDÉ, Louis II de Bourbon, Prince de : *Lettres... au maréchal de Gramont (1641-1678)*, Paris, 1895, in-fol.
- *Lettres à Marie de Gonzague, reine de Pologne*, publiées par Magne, *Le grand Condé et le Duc d'Enghien*, Paris, 1920, in-8.°
- *Lettres... au Prince son père pendant les années 1635 et 1636*, Paris, 1806, in-8.°

- Lettres... publiées dans Aumale, *Histoire des Princes de la maison de Condé*, t. III, p. 560-664; IV, pp. 472-650; V et VI.
- COURCELLES, Chevalier de: *Histoire généalogique et héraldique des pairs de France*, Paris, 1822-1833, 12 vol in-4.°
- DAMPIERRE, Marquis de: *Le Duc d'Epemon (1554-1642)*, Paris, 1888, in-8.°, II-719 p. (thèse).
- DESCHEEMAEKER, Jacques: *Les titres de noblesse en France et dans les pays étrangers*, Les Cahiers nobles, Paris, 1958, 2 vol., in-4.°
- DUBY, Georges: «Une enquête à poursuivre: la noblesse dans la France médiévale», dans *Revue historique*, 1961, pp. 1-22.
- DURYE, Pierre: *La généalogie*, coll. «Que sais-je?», Presses Universitaires de France, Paris, 1961, in-16.
- ESTRÉES, François-Annibal, Marquis de Coeuvres, Duc d': *Mémoires*, publiés par Paul Bonnefon, Paris, 1839, in-8.°
- FAUCHET, Claude: *Origine des dignités et magistrats de France*, Paris, 1600, in-8.°
- FAYARD, Ch. du: *Le connétable de Lesdiguières*, Paris, 1892, in-8.°, XXII-614 p.
- GOODWIN, A.: *The European Nobility in the Eighteenth Century*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1960, in-8.°
- GOY, Jean: *Les affaires des Princes de Condé en Berry et en Bourbonnais*, Bourges, 1931, in-8.°, pp. 263-357.
- GRAMONT-LESPARRE, Armand de: *Les dus français*, Paris, 1924, in-8.°
- HOMBERG, Octave, et JOUSSELIN, Fernand: *La femme du Grand Condé, Claire-Clémence de Maillé-Brézé, Princesse de Condé*, Paris, 1933, in-16, 317 p.
- FORCE, Auguste de Caumont, Duc de: *Le Grand Conti*, Amiot-Dumont, Paris, 1948, in-8.°, 267 p.
- LABATUT, Jean-Pierre, et DURAND, Yves: *Problèmes de stratification sociale. Deux cahiers de la noblesse (1649-1651)*, Presses Universitaires de France, Paris, 1965.
- LACAILLE, Henri: *Le Duc Mazarin et l'instruction dans ses terres en Rethelois en 1658*, Arcis-sur-Aube, 1894, in-8.°, 8 p.
- LAINE, P. Louis: «Archives généalogiques et historiques de la noblesse de France, Paris», *Dictionnaire véridique des origines des maisons nobles ou anoblies du royaume de France*, Paris, 1818-1819, 2 vol. in-8.°
- LANOUELLE, lieutenant-colonel de: *Gabrielle d'Estrés et les Bourbon-Vendôme*, Paris, 1937, in-16, 220 p.
- LASSAIGNE, Jean-Dominique: *Les assemblés de la noblesse en France aux dix-septième et dix-huitième siècles*, Paris, cujas 1965, in-8.° (thèse de droit, contenant une remarquable publication de textes où sont esposées les contestations entre la noblesse et les Ducs et Pairs).
- LELABOUREUR, Jean: *Histoire de la Pairie de France et du parlement de Paris*, Londres, 1740, in-4.°
- LÉVY, Claude, et HENRY, Louis: *Ducs et pairs sous l'Ancien Régime: caractéristiques démographiques d'une caste, dans Population*, 15 année, num. 5, octobre-décembre 1960, pp. 807-830 (bon article. Cepedant, l'emploi du mot caste est tout à fait contestable dans ce cas).
- LIVET, Georges: *Le Duc Mazarin, Gouverneur d'Alsace (1661-1713)*, Strasbourg, 1954, gr. in-8.°, 207 p. (Thèse).

- LIZERAND, Georges: *Le Duc de Beauvillier (1648-1714)*, Paris, 1933, in-16, VII-629 p.
- LOUANDRE, Charles: *La noblesse française sous l'ancienne monarchie*, Paris, 1880, in-18 (des réflexions utiles; un point de vue défavorable à la noblesse, qualifiée abusivement de caste).
- LOUIS XIV: *Mémoires*, publiés par Charles Dreyss, Paris, 1860, 2 vol. in-8.°
- MAHON, ViComte de: *Essai sur la vie du Grand Condé*, Londres, 1842, in-8.°, 443 p.
- MANTEYER, Georges de: *L'origine des douze pairs de France, dans Etudes d'histoire du Moyen Age dédiées à Gabriel Monod*, Paris, 1896, in-8.°, pp. 187-200.
- MEYER, Jean: *La noblesse bretonne au dix-huitième siècle*, Sevpen, Paris, 1966, 2 vol. In-8.° (thèse).
- MONGREDIEN, Georges: *Le Grand Condé*, Hachette, Paris, 1959, in-16, 207 p.
- MONLAUR, R.: *La Duchesse de Montmorency (1600-1666)*, Paris, 1898, in-8.°
- MOUSNIER, Roland: *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, Maugard, Rouen, 1945, in-8.° (thèse).
- «La participation des gouvernés à l'activité des gouvernants dans la France du XVII et du XVIII siècle», dans *Etudes suisses d'histoire générale*, 1964 (1962-1963), t. 20, p. 200-229.
- «Les seizième et dix-septième siècles, la grande mutation intellectuelle de l'humanité, l'avènement de la science moderne et l'expansion de l'Europe», t. 4 de *l'Histoire générale des civilisations*, 5.^a éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1967, in-8.°
- *Les hiérarchies sociales, de 1450 à nos jours*, Presses Universitaires de France, Paris, 1969.
- «Monarchie contre aristocratie dans la France du XVII siècle», dans *Dix-septième siècle*, 1956, n°31, p. 377-381.
- «Note sur les rapports entre les Gouverneurs de provinces et les intendants dans la première moitié du XVII siècle», dans *Revue historique*, octobre-décembre 1962, pp. 339-350.
- «Problèmes de méthode dans l'étude des structures sociales des XVI, XVII et XVIII siècles», dans *Festgabe für M. Braubach*, 1964, pp. 550-564.
- OLIVIER-MARTIN, François: *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, Domat-Montchrestien, Paris, 1951, in-8.°
- PICOT, Georges: *Histoire des états généraux*, Paris, 1872, 4 vol. in-8.°
- PIÉPAPE, général de: *Histoire des Princes de Condé au dix-huitième siècle. Les trois premiers descendants du Grand Condé*, Paris, 1911, in-8.°, IV-143 p.
- PITHOU, Pierre: *Le premier livre des Mémoires des Comtes héréditaires de Champagne et de Brie*, Paris, 1572, in-4.°
- POULLAIN DE SAINT-FOIX, Germain-François de: *Histoire de l'ordre du Saint-Esprit*, Paris, 1766, 3 vol. in-12.
- RANUM, Orest: *Richelieu and the councillors of Louis XIII, A study of the secretaries of State and Superintendents of Finance in the ministry of Richelieu*, Clarendon Press, Oxford, 1963, in-8.°, VIII-121 p.
- REINHARD, Marcel: «Elite et noblesse dans la deuxième moitié du XVIII siècle», dans *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1956.
- RICHELIEU, cardinal-Duc de Lettres: *Instrutions diplomatiques et papiers d'Etat...*, publiés par M. Avenel, Paris, 1853-1877, 8 vol. in-4.°

- SAFFROY, Gastón: *Bibliographie généalogique héraldique et nobiliaire de la France des origines à nos jours*, t. I: Généralités, Saffroy, Paris, 1968, in-8.º (tès important pour toutes les recherches sur la noblesse).
- SEMAINVILLE, Comte Pierre-Alexandre Parrin de: *Code de la noblesse française, ou précis de la législation sur les titres*, 2.^a éd., Paris, 1860, in-8.º
- VILLAIN, Jean: *Mazarin, homme d'argent*, Paris, 1956, in-16, 239 p.
- VILLERMONT, M. de: *Le Duc et la Duchesse de Bournonville*, Bruxelles, 1904, in-8.º, VIII-428 p.
- VIOLLET, Paul: Droit public, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, Paris, 1890-1903, 3 vol., in-8.º
- VOGÜÉ, Marquis de: *Le Duc de Bourgogne et le Duc de Beauvillier*, Paris, 1900, in-8.º, XVI-432 p.
- WARREN, Raoul de: *Les pairs de France sous l'Ancien Régime*, Les Cahiers nobles, Paris, 1958, in-4.º, 2 tomes (non paginés). Precieuse nomenclature des fiefs et des dignitaires.
- WELLES, Jacques-du: *Les Ducs d'Epéron, leurs artistes et leurs comédiens*, Bourdeaux, 1955, in-8.º, 23 p.

Recht und Justizhoheit: Ursprünge der Garantie des gesetzlichen Richters fern der Gewaltenteilungskonzeptionen des 17 - 19. Jahrhunderts

SUMARIO: I. Einleitung.–II. Kanonistische Grundlagen.–III. Entwicklung französischer Formulierungen.–IV. Entwicklung englischer Formulierungen.–V. Entwicklung deutscher Formulierungen.–VI. Historischer Vergleich anhand der Schutzrichtungen.–VII. Schluß.–VIII. English summary.

I. EINLEITUNG

Die Forderung einer Witwe nach ihrem *zuständigen* Richter an den römischen Kaiser Trajan ist dank der Schilderung im 10. Gesang des Purgatorio der Divina Commedia ein der europäischen Literatur und Kunst vertrautes Motiv. Recht für den zerbrochenen Krug in Heinrich von Kleists gleichnamigem Lustspiel verlangt Frau Marthe im letzten Auftritt nach Entlarvung des Richters Adam vom *zuständigen* Richter in Utrecht¹. Die Garantie des gesetzlichen Richters berührt somit einen grundlegenden Aspekt der Gerechtigkeit: Recht gewährt der *nach Gesetz zuständige* Richter.

¹ W. Pleister/W. Schild (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst, 1988, S. 157 ff. m.w.N; H. von Kleist, Der zerbrochene Krug, 1957 (Reclam), 13. Auftritt, S. 78.

Wie das Bonner Grundgesetz enthalten auch die Verfassungen der anderen EG-Mitgliedstaaten mit Ausnahme Großbritanniens überwiegend in den Grundrechtskatalogen eine Garantie des gesetzlichen Richters.² Übereinstimmend normieren die einzelstaatlichen Formulierungen einen Gesetzesvorbehalt für die richterliche Zuständigkeit. Dies berechtigt zu der Frage nach einer gemeinsamen europäischen Verfassungstradition der Garantie des gesetzlichen Richters. Diese Fragestellung geht von der Prämisse aus, daß die Verfassungsentwicklungen sich in den einzelnen europäischen Staaten nicht isoliert, sondern auf gemeinsamen Grundlagen und unter gegenseitiger Beeinflussung vollzogen haben. Die Entwicklungen der einzelstaatlichen Garantien des gesetzlichen Richters lassen sich anhand der konkreten Konfliktlage vergleichen, gegen die das Recht auf den gesetzlichen Richter jeweils formuliert ist. Diese Schutzrichtungen der einzelstaatlichen Formulierungen dienen als Vergleichspunkte bei der Herausarbeitung einer europäischen Verfassungstradition des Rechts auf den gesetzlichen Richter.

Naheliegender erscheint die Schutzrichtung gegen absolutistische Machtfülle, für die sich im Bereich der Justiz im 18. und 19. Jahrhundert das Schlagwort der Kabinettsjustiz etabliert.³ Damit kommen als gemeinsamer Ursprung der Forderungen nach dem gesetzlichen Richter die Lehren von der Gewaltenteilung in Betracht, die seit dem 17. Jahrhundert das Staatsdenken der europäischen Länder beeinflußt haben. Vor diesem Hintergrund werden nach einleitenden Bemerkungen zum kanonischen Recht als der gemeinsamen Grundlage europäischer Verfahrensrechte die Entwicklung der französischen, der englischen und der deutschen Formulierungen dargestellt. Diese Auswahl erscheint durch den Repräsentativcharakter dieser Rechtsordnungen für den romanischen, den angelsächsischen und den deutschen Rechtskreis gerechtfertigt. Der historische Vergleich der For-

² Art. 13 Verfassung des Königreiches Belgien vom 17.2.1994; § 61 Verfassung des Königreiches Dänemark vom 5.6.1953; § 24 Verfassung der Republik Estland vom 28.6.1992; § 21 Grundgesetz Finnlands vom 11.6.1999; Art. 11 Verfassung der Republik Griechenland vom 11.6.1975; Art. 36 lit. c Verfassung der Republik Irland vom 1.7.1937; Art. 25 Verfassung der Republik Italien vom 27.12.1947; Art. 92 Verfassung der Republik Lettland vom 1.7.1993; Art. 109 Abs 111. Abs. 3, 4, 114 Verfassung der Republik Litauen vom 6.11.1992; Art. 13 Verfassung des Großherzogtums Luxemburg vom 17.10.1868; Art. 39 (1) Verfassung von Malta 21.9.1964; Art. 17 Verfassung des Königreiches der Niederlande vom 17.2.1983; Art. 83 Abs 2, Art. 149 Anh. 2 lit. b § 1 Verfassung der Bundesrepublik Österreich vom 10.11.1920; Art. 175 Abs. 2, 176 Abs. 2, 177 Verfassung der Republik Polen vom 2.4.1997; Art. 32 Abs 7 Verfassung der Republik Portugal vom 2.4.1976; Kap. II § 11 Verfassung des Königreiches Schweden vom 1.1.1975; Art. 48 (91) Verfassung der Slowakischen Republik vom 3.9.1992; Art. 23 Verfassung der Republik Slowenien vom 23.12.1991; Art. 24 Abs 2 Verfassung des Königreiches Spanien vom 29.12.1978; Art. 3 Verfassung der Tschechischen Republik vom 16.12.1992 i. V. m. Art. 38 Abs. der Charta der Grundrechte und -freiheiten vom 16.12.1992; Art. 57 Abs. I Verfassung der Republik Ungarn vom 20.8.1949 und Art. 30 Abs. I Verfassung der Republik Zypern vom 16.8.1960. Das französische Verfassungsrecht kennt einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz gem. Art. 6 Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789 i.V.m. der Präambel der Verfassung der 5. Republik vom 4.10.1958. Vgl. dazu ausführlich U. Seif, *Recht und Justizhoheit – Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, 2003, S. 81 ff., 481 ff., rezensiert von G. Hirsch, NJW 2003, 2592; von S. Salmonowicz, RHD 81 (2003), 380 ff.; von F. Raunsiori, ZR 6 G. 122 (2005) 815.

³ W. OGRIS, Art. «Kabinettsjustiz», in: A. Erler/E. Kaufmann (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, 1978, Sp. 515 ff.

mulierungen anhand ihrer Schutzrichtungen am Schluß dieses Beitrages sucht eine Antwort auf die Frage nach einer gemeinsamen europäischen Verfassungstradition der Garantie des gesetzlichen Richters.

II. KANONISTISCHE GRUNDLAGEN

Ausgangspunkt der Suche nach Ursprung und Geschichte der Garantie des gesetzlichen Richters ist die in C.2 q.1 c.7 verankerte Gerechtigkeitsfunktion des *ordo iudiciarius*. Eine maßgebliche Leistung des gelehrten kanonischen Rechts liegt in der Konzeption der richterlichen Zuständigkeit als Verfahrensgarantie. Dem justinianischen römischen Prozeß war eine Ausgestaltung der Verfahrensvoraussetzungen als Einreden unbekannt⁴. Erst der *ordo iudiciarius* des gelehrten Prozeßrechts hat den Schutz der Parteien vor einer verfahrensfehlerhaften Verurteilung zum Gegenstand, und zwar vor dem Hintergrund kirchlicher Konflikte mit anderen Trägern der Gerichtsgewalt (C.11 q.1 c.49): Das verfahrensrechtlich fehlerhafte Urteil ist nichtig (C.2 q.1 c.7).

In der dem gelehrten Prozeß eigenen gegenseitigen Durchdringung des gelehrten römischen und des gelehrten kanonischen Rechts überwinden Dekretistik⁵ und frühe Dekretalistik⁶ im Zuge der kirchlichen Rezeption des römischen *iurisdictio*-Begriffes die rein örtliche Zuständigkeitsvorstellung der Legisten in C.7.48 und C.7.45.14 und entwickeln die richterliche Zuständigkeit als Verfahrensgarantie: Die Unzuständigkeit des Richters führt zur Nichtigkeit seines Urteils (X 2.1.4)⁷.

Die Rationalität des kanonischen Prozesses (C.2 q.1 c.7 rubr.; C.2 q.1 c.7 § 3) erfordert die Beachtung des formalen *ordo iudiciarius* und die Rechtsgebundenheit der Entscheidungsfindung. Verfahrensrechtliche Gerechtigkeit (*iustitia ex ordine*) und inhaltliche Gerechtigkeit (*iustitia ex animo*) ergänzen sich. Aus der Verbindung der Gerechtigkeit *ex ordine* und *ex animo* mit der Verfahrensgarantie des zuständigen Richters folgt das in X 1.4.3⁸ enthaltene Verbot der Trennung

⁴ Codex 3.1.16: «cum post litem contestatam neque appellare posse ante definitivam sententiam iam statuimus neque recusare posse, ne lites in infinitum extendantur». Vgl. statt vieler M. Kaser/K. Hackl, Das Römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1996, S. 495 f.

⁵ Z.B. Étienne de Tournai, Summa Decreti, ad Causa 2 quaestio 1 canon 7, Paris Bibliothèque Nationale, lat. 3912, fol 40v; Johannes Teutonicus, Glossa ordinaria, in der Überarbeitung des Bartholomäus Brixiensis, 1528, ad Causa 2 quaestio 1 canon 7 sub verbo non a suo iudice.

⁶ Z.B. Richardus Anglicus, Apparatus Comp. 1, Modena Bibl. Estense lat. 968, fol 16va; Bernardus Parmensis de Botone, Glossa ordinaria ad liber extra, 1528, ad liber extra 2.1.4 sub verbo Non tenet.

⁷ Die Dekretale At si clerici (1177) von Alexander III. (1159-1181) an den Erzbischof von Salerno behandelt nach ihrer Relatio facti das privilegium fori und die weltliche Bestrafung eines degradierten (und damit schon kirchlich bestraften) Klerikers. Das weltliche Urteil gegen einen durch das privilegium fori geschützten Kleriker ist nichtig: «Sicut enim sententia a non suo iudice lata non tenet.»

⁸ Das in der Dekretale ad nostram audientiam 1199 von Innocenz III. an den Bischof von Passau gerichtete Verbot der gewohnheitsmäßigen Trennung von Richtern und Urteilern bezeich-

zwischen Richter und Urteiler: Der selbsturteilende gelehrte Richter (X 1.4.3) setzt diese Komplementarität um. Er wird in der Figur des Offizials verwirklicht. Die Koinzidenz dessen ersten Auftretens zu der mit der *Summa Decreti* (1166-1169) des Étienne de Tournai einsetzenden Bearbeitung der Fragen richterlicher Zuständigkeit deutet auf einen inhaltlichen Zusammenhang hin: Solange der kirchliche Richter als bischöflicher Sendherr nur eine verfahrensleitende Funktion hatte, spielten Zuständigkeitsfragen keine Rolle. Erst mit dem selbsturteilenden Richter interessiert die Frage nach dem zuständigen Richter, haben Zuständigkeitsregeln eine Schutzrichtung zugunsten der Parteien.

Durch die europaweite Ausbreitung der Offizialate⁹ setzt sich die von der Kanonistik grundlegende Gerechtigkeitsfunktion der Verfahrensordnung in den Rezeptionsgebieten durch.

III. ENTWICKLUNG FRANZÖSISCHER FORMULIERUNGEN

Die Schutzrichtung französischer Formulierungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter (*juge naturel*) wurzelt in der im 16. Jahrhundert entstehenden Konfliktlage zwischen monarchischem Zentralismus und ständischen Selbstverwaltungsrechten. Die frühesten französischen Formulierungen der Garantie des gesetzlichen Richters entspringen dem ständischen Protest gegen monarchische Kommissionen¹⁰. Der begriffliche Gegensatz zwischen ständischem Justizamt (*office*) und königlichem Auftrag (*commission*) setzt den formalen Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung der Justizämter mit inhaltlicher Willkür gleich: Der Inhaber eines ständischen Justizamtes ist selbständig, der königliche Kommissar weisungsabhängig¹¹. Die

net den nichtrichterlichen Urteiler als unzuständigen Richter (*non sous iudex*) und sein Urteil als nichtig (*sententia a non suo iudice lata nullam obtineat firmitatem*).

⁹ Statt vieler: W. Trusen, Die Gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche, in: H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I, 1973, S. 467 ff., 468 ff. Grundlegend zur Geschichte der Offizialate in Frankreich: P. Fournier, Les officialités au moyen âge, Étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France, de 1180 à 1328, 1880, p. 1 ff. und die Übersicht ebd. p. 309 ff. Für England vgl: W. Stubbs, Report on Ecclesiastical Courts, Historical Appendix No. 1, in: Parliamentary Papers 24, 1883, p. 1 ff.

¹⁰ Artikel 23 der Ordonnance du lieutenant général rendue en conséquence des demandes des États généraux vom 3.5.1356 enthielt die Zusage: «Nous qui desirons que chacun use de ses droitz, avons ordonné et ordonnons que toutes justices et juridictions soient laissez aux juges ordinaires» [zit. in: A.J.L.Jourdan/Décruy/F.A.Isambert (ed.), Recueil Général des Anciennes Lois Françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, Tome IV: 1327-1357, 1824, p. 829]. In Artikel 27 schloß sich folgendes Verbot der Kommissionen an: «nous avons ordonné et ordonnons que dès maintenant doresnavant telles commissions soient nulles, et oultre ne soient passées... et voulons que les juges ordinaires des parties contre qui les lettres seroient empétrées, en cognoissent, et ne souffrent à telles commissions estre obéy» (Ebd., p. 831). Vgl. dazu. Seif, Recht und Gerechtigkeit, Der Staat 42 (2003), 110, 112 ff.

¹¹ J. BODIN, Les six Livres de la République, III, 2 (Paris 1583, Faksimiledruck 1961), p. 387 f.: «Encore y a il d'autres differences entre l'officier & le commissaire, d'autant que la

gesetzesgebundene Entscheidung des Justizbeamten ist vorhersehbar, während die weisungsgebundene Einzelfallentscheidung des Kommissars unvorhersehbar ist.

Grundlage für die begriffliche Gegenüberstellung von Amt (*office*) und Auftrag (*commission*) ist die Orientierung der Souveränität und damit der Justizhoheit (*justice retenue*) als Souveränitätsrecht am natürlichen und göttlichen Recht¹², die im französischen Antimachiavellismus unter der Federführung von Jean Bodin dem Machtutilitarismus entgegengesetzt wird¹³.

Die Antonymie Amt (*office*) - Auftrag (*commission*) ist übereinstimmendes Motiv des in den Ordonnances des 15., 16. und 17. Jahrhunderts dokumentierten ständischen Kampfes gegen königliche Justizkommissionen. Die *Ordonnance von Montils-les-Tours* 1453¹⁴, die *Ordonnance sur l'administration de la justice* 1493¹⁵ und die *Ordonnance de Blois* 1498¹⁶ legen davon beredtes Zeugnis ab. Die *Ordonnance von Orléans* 1560¹⁷, die *Ordonnance von Roussillon* 1563¹⁸, die *Ordonnance von Moulins* 1566¹⁹, die *Ordonnance von Blois* 1579²⁰ und das *Édit sur l'administration de la justice* (das sog. *Édit de Rouen*) 1597²¹ setzen die Reihe im 16. Jahrhundert fort. Der *Code Michaud* 1629²² und das *Edit du Roy servant de Reglement pour les Epices*,

puissance des officiers, outre ce qu'elle est ordinaire, est tousiours plus auctorisee & plus estendue que la commission: c'est pourquoy les edits & ordonnances laissent beaucoup de choses à la religion & discretion des Magistrats: ... mais les commissaires sont bien autrement obligés, & attachés aux termes de leurs commissions».

¹² BODIN (Fn. 11), I, 8 (p. 129): «Ceste puissance est absoluë, & souveraine: car elle n'a autre condition que la loy de Dieu & de nature ne commande».

¹³ BODIN (Fn. 11), Preface. Vgl. auch *G. Cardascia*, Machiavel en Jean Bodin, in: Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance, t. III, 1943, p. 129 ff.; *K. Kluxen*, Der Begriff der Necessità im Denken Machiavellis, 1949, S. 10.

¹⁴ Art. 79 Ordonnance ou Établissements pour la réformation de la justice, Montils-les-Tours, April 1453 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. IX (1825), p. 235].

¹⁵ Artt. 76, 77 Ordonnance sur l'administration de la justice, Paris, Juli 1493 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XI (1827), p. 240].

¹⁶ Art. 42 Ordonnance rendues en conséquence d'une assemblée de notables à Blois, sur la réformation de la justice et l'utilité générale du royaume, Blois, März 1498 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XI (1827), p. 345].

¹⁷ Artt. 34, 35, 36 Ordonnance générale rendue sur les plaintes, doléances et remontrances des états assemblés à Orléans, Januar 1560 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XIV (1829), p. 73 f].

¹⁸ Art. 30 Ordonnance sur la justice et la police du royaume, additionnelle à cette d'Orléans, appelé de Roussillon, Januar 1563 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XIV (1829), p. 167].

¹⁹ Art. 68 Ordonnance sur la réforme de la justice, Ordonnance de Moulins, Februar 1566 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XIV (1829), p. 207].

²⁰ Art. 98 Ordonnance rendue sur les plaintes et doléances des états-généraux assemblés à Blois en novembre 1576, relativement à la police générale du royaume, dite de Blois, Mai 1579 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XIV (1829), p. 405].

²¹ Artt. 12, 13, 15, 16, 17 Édit sur l'administration de la justice, Rouen janvier 1597 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XVI (1829), p. 123 f].

²² Art. 86 Ordonnance (Code Michaud) sur les plaintes des états assemblés à Paris en 1614, et de l'assemblée des notables réunis à Rouen et à Paris, en 1617 et 1626, Januar 1629 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XVI (1829), p. 223 ff].

Vacations des Commissaires & autres frais de Justice 1685²³ bezeugen den ständischen Protest gegen Justizkommissionen im 17. Jahrhundert.

Der begriffliche Gegensatz zwischen Auftragsjustiz und Justizämtern der ordentlichen Richterschaft beherrscht auch im 18. Jahrhundert die Beschwerden (*remonstrances*) des *Parlement de Paris* gegen «*juges arbitraires*»²⁴, «*juges extraordinaires*»²⁵ und «*voies irrégulières*»²⁶. Diese antonyme Struktur bestätigen auch die *Remonstrances sur les Entreprises du Grand Conseil* vom 27.11.1755²⁷ und die *Itératives Remonstrances (Parlement de Paris), Arrêtes et Représentations sur l'État du Parlement de Bretagne et la Commission de Saint-Malo* vom 2.2.1766²⁸. Mit der Opposition der *parlements* gegen königliche Justizkommissionen zur Ausschaltung der ständischen selbstverwalteten Justiz stimmt Montesquieus Justizkritik überein.

Auch hinter seinem Hauptmotiv der Vermittlung der Herrschergewalt durch adelige Zwischengewalten (*pouvoirs intermédiaires*²⁹; *rangs intermédiaires*³⁰) statt unvermittelter direkter Herrschaftsmacht ist der Gegensatz Justizamt-Kommission erkennbar. Im XI. Kapitel der *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence* erscheint der ordentliche Justizbeamte (*magistrature*) als Gegenbegriff zu den Kommissaren.³¹ Die Mittelbarkeit der Herrschergewalt entspricht der Mäßigung der Staatsgewalt, wodurch politische Freiheit erst möglich wird³². Unvermittelter Machtgebrauch durch den Herrscher selbst oder durch Kommissare beeinträchtigt dagegen die Freiheit³³.

²³ Art. XVIII verbietet den Entzug des ordentlichen Richters durch Kommissare (zit. in: Ph. Bornier, *Conference des ordonnances de Louis XIV Roy de France et de Navarre avec les anciennes ordonnances du Royaume, le droit écrit et les Arrests, Enrichies d'annotations et de Decisions importantes*, 1744, p. 513).

²⁴ *Grandes Remonstrances sur les Refus de Sacrement* vom 9.4.1753 (zit. in: J. Flammermont, *Remonstrances du Parlement de Paris au XVIIIe Siècle*, t. I: 1715-1753, 1888, p. 569).

²⁵ *Grandes Remonstrances* (Fn. 24), hier p. 571.

²⁶ *Grandes Remonstrances* (Fn. 24), hier p. 574.

²⁷ «Ne peut être distrait pour être jugé et convenu ailleurs, ne par-devant autres juges et commissaires» (zit. in: J. Flammermont/M. Tourneux, *Remonstrances du Parlement de Paris au XVIIIe Siècle*, t. II: 1755-1768, 1895, p. 57).

²⁸ Zit. in: Flammermont/Tourneux (Fn. 27), hier p. 535.

²⁹ *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu*, *De l'Esprit des Lois*, II, 4, *Oeuvres complètes*, Roger Caillois (ed.), Pléiade-Edition, T. II, 1994, p. 247.

³⁰ *De l'Esprit des Lois*, II, 4 (p. 249).

³¹ Der Ausdruck *juge ordinaire* wird von Montesquieu nicht gebraucht.

³² Politische Freiheit ist für Montesquieu die Mäßigung bei der Ausübung der souveränen Gewalt, unabhängig von der Regierungsform: «La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés» (XI, 4 (p. 395)). Zum ständischen Freiheitsbegriff Montesquieus vgl. E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus* (1958), S. 30; U. Seif, *Der mißverstandene Montesquieu: Gewaltenbalance, nicht Gewaltentrennung*, in: ZNR 2000, S. 152 f.

³³ Die unvermittelte Ausübung der Justizhoheit durch den Herrscher selbst oder durch politisch Abhängige ist Despotie: «Dans les États despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies: la constitution seroit détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis» (VI, 5 (p. 314)).

Der Gedanke der Mäßigung der Justizhoheit durch ordentliche Justizbeamte als selbständige Zwischengewalten entspricht Montesquieus Ideal der monarchischen Mischverfassung aufgrund einer Gewaltenbalance zwischen den sozialpolitischen Kräften Krone, Adel und Bürgertum³⁴. Die Selbständigkeit des Justizamts gegenüber dem Willen des Souveräns beruht daher nicht auf einer konstitutionellen Gewaltentrennung. Die Vermittlung der Justizhoheit enthält keine Forderung nach einem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt für richterliche Zuständigkeiten³⁵, der ohne Volkssouveränität als Grundlage für die Vorherrschaft der Legislative und des Gesetzes undenkbar ist. Montesquieus Forderungen nach selbständigen Zwischengewalten richten sich nicht auf rechtsstaatliche Unabhängigkeit. Der Fehlinterpretation von Montesquieus Gewaltenverteilung im 6. Kapitel des XI. Buches als ein rechtsstaatliches Votum für die Unabhängigkeit der Justiz³⁶ ist entgegenzuhalten, daß die Ständigkeit der Gerichte ein essentielles Charakteristikum der rechtsstaatlich verstandenen Unabhängigkeit der Justiz ist. Gerade diese Ständigkeit jedoch versagt Montesquieus Beschreibung im 6. Kapitel des XI. Buches der rechtsprechenden Gewalt, die von Personen ausgeübt werden soll, die zu bestimmten Zeiten des Jahres in gesetzlich vorgeschriebener Weise aus der Mitte des Volkes entnommen werden, um einen Gerichtshof zu bilden, der nur so lange besteht, wie die Notwendigkeit es erfordert: *«La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert»*³⁷.

Die ständischen *cahiers des doléances* 1788/89 folgen ebenfalls dem auf die Gegenbegriffe Amt-Auftrag gerichteten Gedankengang. So fordern die *Demandes et Doléances du Clergé d'Anjou* statt Kommissaren gesetzlich zuständige Richter: *«Qu'on ne puisse être jugé par des commissaires, mais par des juges reconnus de la nation et d'après les lois»*³⁸. Die *Instructions et Pouvoirs donnés par Messieurs les Gentilshommes des cinq Sénéchaussées d'Angers à leurs Députés aux États libres et Généraux du Royaume convoqués à Versailles au 27 Avril 1789* verbinden die Forderung nach dem natürlichen

³⁴ So auch Böckenförde (Fn. 32), S. 31; M. Imboden, Die Staatsformen, Versuch einer psychologischen Deutung staatsrechtlicher Dogmen, 1959, S. 45.

³⁵ Die Vorherrschaft des Gesetzes (im Sinne eines rechtsstaatlichen Vorrangs des Gesetzes) ergibt sich gerade auch nicht aus Montesquieus Beschreibung der Judikative (*puissance de juger*) im 6. Kapitel des XI. Buches als unsichtbar und nichtig (*invisible et nulle*) [XI, 6 (p. 398)] und der Charakterisierung der Richter als ein die Worte des Gesetzes aussprechender Mund (*bouche qui prononce les paroles de la loi*) [XI, 6 (p. 404)]. Der dezidierten Kritik Ogoreks [*R. Ogorek*, in: *De l'Esprit des légendes* oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, RJ 2 (1983), S. 277 ff.] ist der hier neu herausgearbeitete Aspekt der intermediären Gewalten hinzuzufügen.

³⁶ B. Falk, Montesquieu, in: H. Rausch (Hrsg.), Politische Denker II, 6. Aufl., 1981, S. 44; M. Rostock, Die Lehre von der Gewaltenteilung in der politischen Theorie von John Locke, 1974, S. 128; K. Weigand, Einleitung zur Reclamübersetzung Vom Geist der Gesetze, 1965, S. 50 ff.

³⁷ XI, 6 (p. 398).

³⁸ Zit. in: J. Mavidal/E. Laurent, Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Recueil Complet des Débats Législatifs & Politiques des Chambres Françaises, T. II: États Généraux - Suite des Cahiers des Sénéchaussées et Bailliages, 1868 ND 1969, p. 31.

Richter mit derjenigen nach Abschaffung der Kommissionen und Evokationen³⁹. Ebenso formuliert das *Cahier des Doléances de l'ordre du clergé de la province d'Angoumois* die Forderung, keinen Bürger seinem natürlichen Richtern zu entziehen, aus dem Gegensatz zu Justizkommissionen heraus⁴⁰.

Die den Formulierungen der *remontrances* und der *cahiers des doléances* eigene Begrifflichkeit des natürlichen Richters (*juge naturel*)⁴¹ oder der natürlichen Zuständigkeitsordnung (*ordre naturel des juridictions*)⁴² läßt die ständische Idee einer übergesetzlichen Gerechtigkeit natürlichen Rechts (*droit*) anklingen. Damit offenbaren ihre Forderungen nach dem natürlichen Richter den objektiven Schutzinhalt im Sinne der Verpflichtung der höchsten Staatsgewalt auf die Staatsgrundgesetze (*lois fondamentales*)⁴³. Eine Interpretation des natürlichen Richters in der Sprache der *remontrances* oder der *cahiers* als individualschützendes Menschenrecht ist daher ausgeschlossen.

Zudem ist das Prinzip der Gewaltenteilung 1787 inhaltlich noch nicht geklärt⁴⁴. Montesquieu hat die Verteilung der Gewalt auf die verschiedenen Träger Krone, Adel, Bürgertum gefordert, nicht aber eine funktionelle Gewaltentrennung⁴⁵. Jean-Jacques Rousseau folgert in *Du Contrat Social ou Principe du Droit Politique* (1762) aus der Unteilbarkeit der Volkssouveränität die Unteilbarkeit der Staatsgewalt⁴⁶. Bei der in den *Lettres écrites de la Montagne* (1764) beschriebenen Ausübung der Staatsgewalt hält Rousseau die Trennung

³⁹ «D'après la constitution, aucun citoyen ne pouvant être enlevé à ses juges naturels, l'usage des commissions extraordinaires et des évocations, sera entièrement aboli» (wie Fn. 38, hier p. 34).

⁴⁰ «Qu'aucun citoyen,...., ne puisse être destitué que par ses juges naturels.» (wie Fn. 38, hier p. 3).

⁴¹ Parlement de Paris, Urteil vom 19.3.1766, zit. in: Flammermont/Tourneux (Fn. 27), hier p. 562 f; Remontrances sur le Grand Conseil vom 19.-20. 3. 1768 (Ebd., p. 865); Cahier des Doléances de l'ordre du clergé de la province d'Angoumois, zit. in: Mavidal/Laurent (Fn. 38), p. 3.

⁴² Remontrances sur un arrêt du conseil cassant un arrêt de la Grand'Chambre vom 25.7.1731, zit. in: Flammermont (Fn. 24), p. 244; Remontrances sur l'arrêt du Conseil du 30 Juillet évoquant l'appel comme d'abus interjeté contre une ordonnance de l'Archevêque de Paris vom 3.9.1731 (Ebd., p. 274).

⁴³ Grandes Remontrances sur les Refus de Sacrement vom 9.4.1753, zit. in: Flammermont (Fn. 24), p. 568. Vgl. auch Remontrances sur le Grand Conseil vom 19.-20. 3. 1768, zit. in: Flammermont/Tourneux (Fn. 27), p. 896; Arrêté du parlement, les pairs y séant, concernant les édits projetés, du 3 mai 1788, zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert (Fn. 10), T. XXVIII (1827), p. 533.

⁴⁴ Th. Tsatsos, Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung, 1968, S. 40.

⁴⁵ Seif (Fn. 32), 149 ff. Dort auch zu den Unterschieden zwischen Montesquieu und Locke, der weder in den *Matériaux pour l'Esprit des Lois* noch in den *Extraits de Mes pensées* als Quelle für den *De l'Esprit des Lois* genannt wird.

⁴⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principe du Droit Politique*, II, 2: «Par la même raison que la souveraineté est inaliénable, elle est indivisible. Car la volonté est générale, ou elle ne l'est pas; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie.» (Œuvres complètes, R. Derathé (ed.), Pléiade-Edition, T. III (1964), p. 369). Dazu auch F. Neumann, Die Herrschaft des Gesetzes, 1980, S. 149 ff. Widersprüchlich jedoch Rousseau, III, 7 (p. 414): «Le Gouvernement simple est le meilleur en soi, par cela seul qu'il est simple. Mais quand la Puissance exécutive ne dépend pas assez de la législative, c'est-à-dire, quand il y a plus de rapport du Prince au Souverain que du Peuple au Prince, il faut remédier à ce défaut de proportion en divisant le Gouvernement; car alors toutes ses parties n'ont pas moins d'autorité sur les sujets, et leur division les rend toutes ensemble moins fortes contre le Souverain».

der Justiz von der Regierung für notwendig⁴⁷, nicht aber die Trennung von Legislative und Exekutive⁴⁸. Auch der Entwurf eines repräsentativen Regierungsmodells in den *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789* (1788) des Emmanuel Joseph Sieyes steht auf der Grundlage der Rousseauschen «*volonté générale unitaire, imprescriptible, possédée par la nation, déléguée et exercée par ses représentants*»⁴⁹. Dementsprechend ist die Gewaltenteilung auch keine Forderung in Sieyes' *Préliminaire de la Constitution: Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen* vom 20./21.7.1789⁵⁰. Die Aufteilung politischer Macht in den rechtssetzenden, den ausführenden und den rechtsprechenden Funktionsbereich hat sich zuerst in der amerikanischen Revolution herausgebildet⁵¹. Jean Barbeyrac's Kommentierungen seiner Pufendorf-Übersetzung *Le Droit de la nature et des gens* (1706) mit Locke-Zitaten⁵² wurden in den nordamerikanischen Kolonien gelesen und erst über den transatlantischen Umweg im revolutionären Frankreich wahrgenommen⁵³. Die französischen Revolutionäre formulieren die Gewaltenteilung in Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789⁵⁴ nicht

⁴⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne*, second partie, VII. Lettre: «D'abord l'union de deux choses par-tout ailleurs incompatibles; savoir, l'administration des affaires de l'Etat et l'exercice suprême de la justice sur les biens, la vie et l'honneur des Citoyens» [Œuvres complètes, J.-D. Candaux (ed.), Pléiade-Edition, T. III (1964), p. 832].

⁴⁸ J.-J. ROUSSEAU, VII. Lettre: «D'abord la puissance Législative et la puissance exécutive qui constituent la souveraineté n'en sont pas distinctes.» (wie Fn. 47, p. 815). Rousseau hat Lockes Treatises gekannt und behauptet im VI. Brief der *Lettres écrites de la Montagne*, der der Verteidigung des Contract Social gewidmet ist, seine Übereinstimmung mit ihm (wie Fn. 47, p. 812).

⁴⁹ E. J. SIEYES, *Vues sur les moyens d'exécution, dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789*, in: *Écrits politiques*, R. Zapperi (ed.), 1985, p. 54; E. Schmitt/R. Reichardt (Hrsg.), *Politische Schriften 1788-1790*, 2. Aufl. 1981, S. 28.

⁵⁰ Zit. in: F. Furet/R. Halévi, *Orateurs de la Révolution française*, vol. I: *Les Constituants*, 1989, p. 1016 ff.

⁵¹ Sec. 5 der Virginia Bill of Rights vom 12.6.1776, zit. in: *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, P. Poore (ed.), Part II, 1878, p. 1909; Art. IV der Constitution of North Carolina vom 18.12.1776, Ebd. II, p. 1409; Art. I der Constitution of Georgia vom 5.2.1777, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, P. Poore (ed.), Part I, 1878, p. 378; Art. VI Constitution of Maryland vom 11.11.1776, Ebd. I, p. 818; Art. 37 Constitution of New Hampshire vom 5.9.1792, Ebd. II, p. 1297. Vgl. auch die Trennung zwischen Legislative (Art. I), Exekutive (Art. II) und Judikative (Art. III) in der amerikanischen Verfassung vom 28.9.1787 (Annahme durch den Verfassungskonvent) bzw vom 21.6.1788 (erforderliche Ratifikationsmehrheit) (Ebd. I, p. 13 ff.).

⁵² J. BARBEYRAC, *Le Droit de la nature et des gens*, traduit de Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Amsterdam 1706. R. Hutchinson, *Locke in France 1688-1734, Studies on Voltaire and the eighteenth century*, vol. 290 (1991), p. 49 ff.

⁵³ Hutchinson (Fn. 52), p. 73.

⁵⁴ «Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution» [zit. in: F.-A. Hélie (ed.), *Les Constitutions de la France, ouvrage contenant outre les constitutions, les principales lois relatives au culte, à la magistrature, aux élections, à la liberté de la presse, de réunion et d'association, à l'organisation des départements et des communes, avec un commentaire*, 1. fasc, 1875, p. 32].

als institutionelle Trennung, sondern – ganz in Montesquieus Diktion⁵⁵ – als Bedingung für das Bestehen der politischen Freiheit⁵⁶.

Prägend für die Entwicklung französischer Forderungen nach dem gesetzlichen Richter ist die Kontinuität konstitutioneller Formulierungen nach 1789 mit vorrevolutionären ständischen Positionen, die sich in der Wiederholung des begrifflichen Gegensatzes und in der Terminologie des *juge naturel* in der *Loi sur l'organisation judiciaire vom 16-24 August 1790* und der *Charte constitutionnelle* vom 4.6.1814 niederschlägt⁵⁷. So ist im erstgenannten Gesetz von 1790⁵⁸ der *juge naturel* bloßer Gegenbegriff zu Justizkommissionen, und die Garantie des *juge naturel* in Art. 62 der *Charte constitutionnelle* vom 4.6.1814⁵⁹ steht im Zusammenhang mit dem Verbot der Kommissionen und Ausnahmegerichte in Art. 63 S. 1⁶⁰. Die Garantie des natürlichen Richters in Art. 62 der *Charte constitutionnelle* vom 4.6.1814 resultiert demnach gerade nicht aus der Gewaltenteilung. Vielmehr hindert die konstitutionelle Beschränkung der monarchischen Souveränität⁶¹ in Artt. 62, 63 die königliche Prerogative lediglich, Gerichte ad hoc nach Belieben zu errichten.

Erst die auf Volkssouveränität gegründeten Formulierungen in § 204 Tit. VIII der Direktorialverfassung vom 23.9.1795⁶², in Artt. 17 S. 2, 18 Senatsverfassung vom 6.4.1814⁶³, in Art. 53 *Charte Constitutionnelle* vom 7.8.1830⁶⁴ und

⁵⁵ Ursprüngliche Fassung der Überschrift von XI, 6: «Des principes de la liberté politique, comment on les trouve dans la constitution d'Angleterre.» [Dossiers de l'Esprit des Lois, XI, 6 (p. 1036)].

⁵⁶ So auch Böckenförde (Fn. 32), p. 47. Vgl. dazu auch D. Willoweit/U. Seif, Europäische Verfassungsgeschichte, 2003, S. XIX.

⁵⁷ Weder die Konsularverfassung vom 13.12.1799 (zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, 1878, p. 582 ff.) noch die Senatskonsulta Napoleons vom 4.8.1802 und 18.3.1804 [zit. in: L. Tripier (ed.), Constitutions qui ont régi la France depuis 1789 jusqu'à l'élection de M. Grévy comme Président de la République, 2^e ed., 1879, p. 189 ff. bzw. p. 203 ff.] haben relevante Garantien formuliert.

⁵⁸ Titre II, Art. 17 Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790: L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé et les justiciables ne pourront être distraits de leurs juges naturels: par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi [zit. in: Hélie (Fn. 54), 1. fasc, p. 147].

⁵⁹ Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels. [zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, p. 889].

⁶⁰ Il ne pourra en conséquence être créé de commissions et tribunaux extraordinaires. [zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, p. 889].

⁶¹ Art. 57 der Charte constitutionnelle folgt dem monarchischen Prinzip: Toute justice émane du Roi; elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue [zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, p. 889]. Quelle der Justizgewalt ist daher nicht ein in der Nationalversammlung repräsentierter Wille eines souveränen Volkes.

⁶² Nul ne peut être distrait des juges, que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions et évocations que celles, qui sont déterminées par une loi antérieure [Constitution du 5 fructidor an III (22.8.1795) de la République, en vertu de l'acceptation du peuple, le 1er vendémiaire an IV (23.9.1795), zit. in: Hélie (Fn. 54), 2. fasc, 1876, p. 453].

⁶³ Art. 17 S. 2: Nul ne peut être distrait de ses juges naturels. Art. 18: Les cours et tribunaux ordinaires actuellement existans sont maintenus; leur nombre ne pourra être diminué ou augmenté qu'en vertu d'une loi... Les commissions et les tribunaux extraordinaires sont supprimés et ne pourront être rétablis [zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, p. 881].

⁶⁴ Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels [zit. in: Hélie (Fn. 54), 4. fasc, 1879, p. 990].

in Chap II, Art. 4 *Constitution de la République Française* vom 4.11.1848⁶⁵ formulieren die Forderungen nach dem gesetzlichen Richter als Garantie des gleichen Richters⁶⁶. Diese Schutzrichtung gilt in der heutigen französischen Verfassung für das ungeschriebene Verfassungsrecht auf den gesetzlichen Richter (*le droit fondamental au juge naturel*) als Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes, der Gleichheit vor dem Gesetz (*égalité devant la loi*)⁶⁷ gem .Art. 6 Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789 i.V.m. der Präambel der Verfassung der V. Republik vom 4.10.1958⁶⁸. Auch auf die Garantien in den republikanischen französischen Verfassungen haben Gewaltenteilungsmodelle des 17. oder des 18. Jahrhunderts keinen Einfluß. Vielmehr ist der Gedanke der Gleichheit vor dem Gesetz vorrangig. Dafür spricht die Unterscheidung der relevanten Garantien von den für die Trennung von Exekutive und Justiz einschlägigen Normierungen⁶⁹. Auch der Wortlaut des «*juge naturel*» deutet in den republikanischen Verfassungen den Bezug auf die bürgerliche Gleichheit an.

IV. ENTWICKLUNG ENGLISCHER FORMULIERUNGENZ

Grundlegend für die englische Gerichtsverfassung ist die im 12. Jahrhundert erreichte Zentralisation der Justiz, welche durch die Adaption angelsächsischer Einrichtungen nach der normannischen Eroberung 1066 ermöglicht wird. Symbol der Zentralisierung ist das *common law*⁷⁰, das als gemeines Recht die örtlichen Gewohnheiten verdrängt.

⁶⁵ Nul ne sera distrait de ses juges naturels. - Il ne pourra être créé de commissions ni de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit [zit. in: Hélie (Fn. 54), 4. fasc, 1879, p. 1104].

⁶⁶ In der nicht in Kraft getretenen Konventsverfassung vom 24.6.1793 fehlt eine Garantie des gleichen Richters [zit. in: Hélie (Fn. 54), 1. fasc, p. 376 ff.]. Die Constitution vom 14.1.1852 enthält keine Formulierung der Garantie des gesetzlichen Richters [zit. in: Hélie (Fn. 54), 4. fasc, p. 1167, 1168]. Weder der Senatus-consulte fixant la constitution de l'empire vom 21.5.1870 noch die Verfassung vom 21.5.1870 enthalten eine Garantie des gesetzlichen Richters. Die Staatsgrundgesetze der III. Republik vom 24./25.2.1875 [Loi constitutionnelle du 24 février 1875, sur l'organisation du Sénat (Collection du Bulletin des Lois, 12^o série, X, n^o 3952, p. 164); Loi constitutionnelle du 25 février 1875, relative à l'organisation des pouvoirs publics (Collection du Bulletin des Lois, 12^o série, X, n^o 3953, p. 165)] enthalten keine Garantie, ebensowenig die Verfassung vom 13.10.1946 der IV. Republik (1946-1958).

⁶⁷ Übersetzung «Gleichheit vor dem Gesetz» arg. Art. 6 S. 3, S. 4 a.E. Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789: La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux. [zit. in: Hélie (Fn. 54), 1. fasc, p. 31].

⁶⁸ Die geltende französische Verfassung von 1958 verweist in ihrer Präambel auf die Erklärung von Menschen- und Bürgerrechten 1789 und auf die Präambel der Verfassung von 1946. Die Verfassung von 1946 verweist ihrerseits in der Präambel nicht nur auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789, sondern auch auf die von den Gesetzen der Republik anerkannten Grundprinzipien (principes fondamentaux reconnus par les lois de la République).

⁶⁹ Z.B. Art. 3 des Chap. V der Verfassung vom 3.9.1791, zit. in: Hélie (Fn. 54), 1. fasc, p. 288. § 203 Tit VIII der Direktorialverfassung vom 23.9.1795, zit. in: Hélie (Fn. 54), 2. fasc, p. 453.

⁷⁰ Die Bezeichnung *common law* beschreibt hier das Richterrecht der Königsgerichte Court of King's Bench, Court of Common Pleas, Court of Exchequer im Unterschied zur

Durch die Zentralisierung ab initio stehen der absolutistischen Justizhoheit der Stuarts (1603-1714) keine dezentralen ständischen Selbstverwaltungsrechte entgegen. Eine der französischen Verfassungsgeschichte vergleichbare Konfliktlage zwischen ständischer Selbstverwaltung der Justiz und monarchischem Zentralismus ist für die englische Entwicklung von vornherein ausgeschlossen. Die Justizhoheit (*prerogative*) der englischen Monarchen kann in die zentralen *common law*-Gerichte, den *Court of King's Bench*, den *Court of Common Pleas* und den *Court of Exchequer*, nicht eingreifen. Vielmehr richtet sich die unmittelbare Ausübung der Justizhoheit in der Sternkammer (*Star Chamber*)⁷¹, der Hohen Kommission (*Court of High Commission*)⁷² und im Kanzleigericht (*Court of Chancery*)⁷³ auf das Ungenügen des aktionenrechtlichen Strengrechts⁷⁴. In diesen außerordentlichen Gerichten (*prerogative courts*) übt der Monarch die Gerichtsbarkeit durch politisch abhängige Beauftragte nach Ermessen aus⁷⁵. Darin liegt eine Parallele zum Kommissar des französischen *Ancien Régime*.

Im Kampf gegen die 1641 abgeschafften *Star Chamber*⁷⁶ und *Court of High Commission*⁷⁷ formuliert die *common law*-Opposition gegen den Stuart-Absolutismus sowohl in den *writs of prohibition*⁷⁸ gegen *Star Chamber* und *High Commission* als auch in den Präjudizien *Prohibitions del Roy* (1607)⁷⁹, *The Case of Proclamations* (1611)⁸⁰ und *The Case of the Five Knights* (1627)⁸¹ den Vorrang des Rechts (*common law*) vor der monarchischen Prerogative

billigkeitsrechtlichen Rechtsprechung (*equity*) der Kanzleigerichte *Court of Chancery*, *Appeal Court of Chancery* und zu den Gesetzen (*statutes*) des Parlaments.

⁷¹ Das Gericht der *Star Chamber* verselbständigte sich unter den Tudors (1485-1603) aus den Gerichtssitzungen des Kronrates.

⁷² Das um 1570 zum *Court of High Commission* institutionalisierte Kommissionswesen kirchlicher Kommissionen sicherte die anglikanische Reformation (*Act of Supremacy* 1534 (26 Henry VIII, c. 1), bestätigt durch den *Act of Supremacy* 1559 (1 Eliz. I, c.1.).

⁷³ Aus der Delegation der Ausübung der Justizhoheit auf den Lord Chancellor geht der *Court of Chancery* hervor.

⁷⁴ Zum aktionenrechtlichen Charakter des *common law* statt vieler: *F. Pollock/F.W. Maitland, The History of English Law before the Time of Eduard I.*, 2nd edition, vol. II, 1952, p. 558.

⁷⁵ Vgl. die Auftragsurkunden (*letters patent*), zit. in: G. W. Prothero (ed.), *Select Statutes and other Constitutional Documents illustrative of the reigns of Elizabeth and James I*, 4th edition, 1913, p. 424 f.; C. Stephenson/F. G. Marcham (ed.), *Sources of English Constitutional History: A selection of documents from A.D. 600 to the present*, 1937, Nr. 84, p. 384 ff.).

⁷⁶ The Act for the Abolition of the Court of Star Chamber vom 5.7.1641 (17 Car. I c.10), zit. in: S. R. Gardiner (ed.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660*, 3rd ed., 1906, Nr. 34, p. 179 ff.

⁷⁷ The Act for the Abolition of the Court of High Commission vom 5.7.1641 (17 Car. I. c. 11), zit. in: Gardiner (Fn. 77), Nr. 35, p. 186 ff.

⁷⁸ Vgl. für die extensive Obstruktionspraxis der *common law*-Gerichte: British Library, London Stowe MS 424, fol 158v. Als außerordentliche Rechtsmittel (*prerogative writs*) der *common law*-Gerichte sind die *writs of prohibition* prozessuale Rechtsbehelfe, die nach Ermessen auf die Kontrolle anderer Gerichte, insbesondere der Prärogativgerichte, angewendet werden.

⁷⁹ *Prohibitions del Roy* (1607 = Mich. 5 Jacobi 1) 12 Co.Rep. 64 = 77 ER 1342 per Edward Coke, C.J.

⁸⁰ *The Case of Proclamations* (1611, Mich. 8 Jac. 1) 12 Co.Rep. 74, 76 = 77 ER 1352, 1354.

⁸¹ *Darnel's Case* vom 15-28 November 1627 (auch: *the Case of the Five Knights*), zit. in: Gardiner (Fn. 77), Nr. 8, p. 57 ff.

(*royal prerogative*)⁸². Argumentative Grundlage ist der Primat des Rechts (*Supremacy of law*) nach der Cokeschen Vernunftkonzeption des *common law*.⁸³ Dieser Primat des Rechts sichert den Bestand der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch die regelmäßige Rechtsbindung der Krone, da er den Monarchen von der persönlichen Ausübung der Justizhoheit ausschließt⁸⁴, abgesehen vom billigkeitsrechtlichen Korrekturbedarf im *Court of Chancery*. Die auf dem Vorrang des Rechts (*common law*) beruhende Unabhängigkeit der *common law*-Gerichte beruht nicht auf der Institutionalisierung einer Rechtsgewährung, sondern auf dem allgemeinen Konsens seit Vorzeiten (*concept of immortality, immortal custom*)⁸⁵. Daher erfaßt die Schutzrichtung der *rule of law* nicht die Gewährung bestimmter Gerichte für die Rechtssuchenden seitens des Monarchen, sondern die Rechtsbindung der Prerogative, nicht eigenmächtig außerordentliche Gerichte (*prerogative courts*) zu schaffen.

Der Primat des Rechts und die Rechtsbindung der Prerogative sind Ausdruck der staatstragenden Balance zwischen der Prerogative und den im *common law* garantierten Rechten der Untertanen⁸⁶. Den Balance-Gedanken verkörpern das Parlament⁸⁷ und damit auch das Parlamentsgesetz⁸⁸. Als oberstes *common law*-Gericht beansprucht das Parlament die oberste Interpretationsgewalt für die Balance zwischen freiheitssynonymen *common law* und der monarchischen Prerogative⁸⁹. Diese Gerichtskonzeption des Parlaments ist grundlegend für den 1689 durchgesetzten Souveränitätsanspruch des Parlaments, da der Monarch gegen Gesetzesbeschlüsse, nicht aber gegen Urteile sein Veto einlegen konnte⁹⁰.

⁸² Art. III The Act for the Abolition of the Court of Star Chamber vom 5.7.1641, zit. in: Gardiner (Fn. 77), 180.

⁸³ Prohibitions del Roy (1607 = Mich. 5 Jacobi 1) 12 Co.Rep. 64 = 77 ER 1343 per Edward Coke, C.J.

⁸⁴ Prohibitions del Roy (1607 = Mich. 5 Jacobi 1) 12 Co.Rep. 64 = 77 ER 1342 per Edward Coke, C.J.

⁸⁵ Vgl. *Chr. St. German*, Dialogue between a Doctor of Divinity and a student of the common law of England, ed. by T. F. T. Plucknett/J. L. Barton, 1974, p. 45; *Coke*, The First Part of the Institutes of the Laws of England: A Commentary upon Littleton, vol. I, 2nd book, 15th edition by Ch. Butler/F. Hargrave, 1794, 97b.

⁸⁶ Vgl. *Francis Bacon*: «The King's Sovereignty and the Liberty of Parliament... do not cross or destroy the one the other, but they strengthen and maintain the one the other.» (J. Spedding/R. L. Ellis/D. D. Heath, The works of Francis Bacon, vol. V: Philosophical works, 1861, p. 177).

⁸⁷ Sogar Sir John Davies, als Kronanwalt in Irland glühender Verfechter der königlichen Prerogative, beschreibt das Zusammenwirken der Vertreter im Parlament mit Bildern musikalischer Harmonie (Two Speeches by Sir John Davies before the Lords Deputy of Ireland, 1613, Sir Thomas Clarke and Lord Alvanley's MSS Lincoln's Inn London, 6).

⁸⁸ Die Konzeption des Parlamentsgesetzes als Vertrag zwischen Monarch und Untertanen liegt nahe. «Every law is a Contract between the king and the people; and therefore to be kept» (*J. Selden*, Table Talk, ed. Frederick Pollock, 1927, p. 102). Die Gesellschaftsvertragstheorien von Hobbes (1588-1679) und Locke (1632-1704) stehen in dieser Tradition.

⁸⁹ Declaration of the Houses in Defence of the Militia Ordinance v. 6.6.1642, zit. in: Gardiner (Fn. 77), Nr. 54, p. 254, 255 f. Vgl. auch The Votes of the Houses for Raising an Army v. 12.7.1642, Ebd., Nr. 56, p. 261.

⁹⁰ «for that, by the constitution and policy of this kingdom, the King by his Proclamation cannot declare the law contrary to the judgement and resolution of any of the inferior courts of

Die in der Souveränität des Parlaments institutionalisierte Entscheidung über das öffentliche Wohl nach einem übergeordneten Recht anstatt nach dem Herrscherwillen unterscheidet Lockes Gerechtigkeitsnaturrecht vom voluntaristischen Naturrecht Hobbes'.

Im Gegensatz zu dem im *common law* verkörperten Primat des Rechts nihiliert Hobbes den Unterschied zwischen Recht und Prerogative durch Negierung des Rechtes vor und außerhalb des Staates⁹¹. Die Menschen schließen aus Todesfurcht einen Gesellschaftsvertrag mit dem Inhalt, daß jeder mit jedem anderen sich verpflichtet, dem Willen des einen, dem er sich unterworfen hat, keinen Widerstand zu leisten⁹². Der zwischen den Individuen geschlossene Gesellschaftsvertrag zugunsten des Souveräns beinhaltet die bedingungslose Unterwerfung unter den souveränen Herrscher; die Gesetze des Souveräns treten an die Stelle der Naturgesetze, ihr Geltungsgrund ist die Autorität des Herrschers: Gesetz ist für Hobbes nicht eine Gerechtigkeitsnorm, sondern Befehl dessen, der die höchste Gewalt hat und dadurch die künftigen Handlungen der Staatsangehörigen bestimmen will⁹³.

Für Lockes Unterscheidung der Legislative und Exekutive ist der Widerstreit zwischen freiheitssicherndem *common law*⁹⁴ und ermessensgewährender Prerogative grundlegend: «*Where the Legislative and Executive Power are in distinct hands, (as they are in all moderated Monarchies, and well-framed Governments) there the good of the Society requires, that several things should be left to the discretion of him, that has the Executive Power*»⁹⁵. Soweit die von

justice, much less against the High Court of Parliament» (Declaration of the Houses in Defence of the Militia Ordinance vom 6.6.1642, zit. in: Gardiner, Nr. 54, p. 254, 255 f). So geht die klassische Kommentierung der Parlamentssoveränität in Blackstones Commentaries on the Laws of England [W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, vol. 1 (Of the Rights of Persons), 1765 ND 1979, Introduction, chap. II: Of the Parliament, p. 156] von Cokes Definition der obersten Gerichtsbarkeit des High Court of Parliament aus: «Of the power and jurisdiction of the parliament, for making of laws in proceeding by bill, it is so transcendent and absolute, as it cannot be confined either for causes or persons within any bounds. Of this court it is truly said: Si antiquitatem spectes, est vetustissima, si dignitatem, est honoratissima, si jurisdictionem, est capacissima» [E. Coke, The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England concerning the jurisdiction of Courts, in: E. and R. Brooke (ed.), The institutes of the law of England, second to fourth parts, 1797, Part IV, p. 36].

⁹¹ TH. HOBBS, Leviathan or, The Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil, in: W. Molesworth (ed.), The English Works of Thomas Hobbes, vol. III, 1839 ND 1962, Part II, cap. 26 (of civil laws), p. 256 f.: «and therefore it is not that juris prudentia, or wisdom of subordinate judges; but the reason of this our artificial man the commonwealth, and his command, that maketh law».

⁹² TH. HOBBS, De cive, cap. V, 11 (De cive, The Latin version entitled in the first edition Elementorum philosophiae sectio tertia de cive and in later editions Elementa Philosophica de Cive, in: Opera philosophica quae Latine scripsit, Omnia in unum corpus nunc primum collecta, studio et labore Gulielmi Molesworth, vol. II, 1839 Reprint 1961, p. 70).

⁹³ HOBBS (Fn. 97), De cive, cap. VI, IX (p. 140).

⁹⁴ Hier schließt Recht (common law) auch das Gesetzesrecht der Legislative ein und bezeichnet das gesamte englische Rechtssystem im Unterschied zu den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen (civil law).

⁹⁵ J. LOCKE, The second treatise of government: an essay concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government, ed. by P. Laslett, 1963, chap. XIV (of prerogative), § 159 (p. 392).

der Legislative erlassenen Gesetze keine Regelung enthalten, obliegt die Entscheidung der monarchischen Exekutive nach Ermessen⁹⁶. Diese exekutive Entscheidungsgewalt nach Ermessen entspricht der monarchischen Prerogative⁹⁷. Die Ermessenentscheidung der Prerogative hat sich am öffentlichen Wohl (*publick good; common wealth*) zu orientieren⁹⁸. Das Staatswohl ergibt sich aus einem a priori bestehenden obersten, übergesetzlichen Naturgesetz (*a Law antecedent and paramount to all positive Laws of men*⁹⁹; *Fundamental Law of Nature and Government*¹⁰⁰), das alle Staatsgewalt bindet, das Selbsterhaltungstreben des einzelnen, seine Freiheit sowie seinen Besitz zu achten¹⁰¹. Damit entspricht Lockes allgemeines Naturrecht dem im *common law* verkörperten Primat des Rechts¹⁰², den die *Bill of Rights* 1689 als Herrschaft des Rechts (*rule of law*) formuliert hat¹⁰³. Die Entscheidungskompetenz des Parlaments über das öffentliche Wohl charakterisiert die Parlamentsouveränität (*sovereignty of Parliament*)¹⁰⁴, die 1688/1689 gegenüber dem monarchischen Absolutismus gefordert wird.

Die in der Gewaltenteilungskonzeption des *Second Treatise of Government* (1689) formulierte Verpflichtung der Prerogative auf ein übergesetzliches Fundamentalgesetz beschreibt die in der *Glorious Revolution* 1688/89 errungene Herrschaft des Rechts (*rule of law*) und die Parlamentsouveränität (*sovereignty of Parliament*), nach denen ein ordentliches englisches Gericht (*ordinary court*) nur auf Gewohnheit (*common law*) oder auf Parlamentsgesetz (*statute*) beruhen kann. Die Striktheit und Regelbindung des *common law* garantiert die sachliche Unabhängigkeit der *common law*-Gerichte. Damit hat Lockes Gewaltenteilungslehre auf die englische Bestandsgarantie für die ordentlichen Gerichte Einfluß, auch wenn der *Second Treatise of Government* die Judikative nicht als gesonderte Gewalt behandelt¹⁰⁵.

V. ENTWICKLUNG DEUTSCHER FORMULIERUNGEN

Die Entwicklung deutscher Formulierungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter beginnt mit der landesherrlichen Emanzipation vom Reichsver-

⁹⁶ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 159 (p. 392).

⁹⁷ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), §§ 159, 160 (p. 393).

⁹⁸ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 166 (p. 396).

⁹⁹ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 168 (p. 397 f).

¹⁰⁰ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 159 (p. 392).

¹⁰¹ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 168 (p. 397). Vgl. auch *M. Rostock*,

Die Lehre von der Gewaltenteilung in der politischen Theorie von John Locke (1974), S. 108 f.

¹⁰² So auch *J. H. Franklin*, John Locke and the Theory of Sovereignty, 1978, p. 17 f.

¹⁰³ Bill of Rights I 2. Abschnitt Nrn. 1-3 (1 Gul. & Mar. Sess. 2 c 2, zit. in: Statutes at Large of England and of Great-Britain, Vol. III, 1811, p. 275, 276).

¹⁰⁴ Art. XI Bill of Rights (1 Gul. & Mar. Sess 2 c 2 (Fn. 108), p. 278).

¹⁰⁵ LOCKE, Second treatise, chap. IV (of prerogative). Über die nötige unabhängige Stellung der Richter äußert sich Locke: »indifferent and upright judges, who are to decide controversies by those laws» (Second treatise, § 131).

band nach dem Westfälischen Frieden. Der Ausbau der Territorialstaaten geht einher mit dem Bündnis zwischen Aufklärung und landesherrlichem Absolutismus im 17. und 18. Jahrhundert. Aufgeklärt-absolutistische Formulierungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter¹⁰⁶ beinhalten keine konstitutionelle Beschränkung der landesherrlichen Justizhoheit. Denn im *ius publicum universale* des aufgeklärten Absolutismus gehört die Justizgewalt zu den besonderen Hoheitsrechten des Regenten¹⁰⁷, d.h. zu den «mit der obersten Gewalt unzertrennlich verbundenen Rechten»¹⁰⁸. Diese Konzentration der Hoheitsrechte im Begriff der «obersten Gewalt» erstaunt, wenn man bedenkt, daß 1718 die erste deutsche Übersetzung von Lockes *Second Treatise of Government* (1689) erschienen ist und 1753 *Montesquieus L'esprit des Lois* (1748) in die deutsche Sprache übertragen wurde. War die deutsche Staatsrechtslehre des 18. Jahrhunderts von den Ideen der Aufteilung staatlicher Gewalt unbeeinflusst?

Bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts taucht Lockes *Treatise* nicht in den einschlägigen Juristischen Nachschlagewerken auf: Weder Lipenius noch Struve erwähnen Locke in ihren juristischen Bibliographien¹⁰⁹. Nur Johann Friedrich von Pfeiffer hat im fünften Band seines Nachschlagewerkes über zeitgenössische Politik- und Staatswissenschaftler Lockes *Treatise* ausführlich besprochen¹¹⁰.

Der Rechtslehrer Ephraim Gerhardt zitiert Lockes Abhandlung in seiner 1712 in Jena erschienenen *Delineatio juris naturalis*¹¹¹. Die erste gründliche Auseinandersetzung mit dem *Second Treatise* findet sich in der 1719 erschienenen Streitschrift Gottlieb Samuel Treuers zur «Disquisitio politica vom absoluten Fürsten-Recht», eines Wilhelm Frey Herrn von Schrödern¹¹². Ein weiteres Mal sind die *Treatises* beim Thomasius-Schüler Nicolaus Gundling im *Discours über das Natur- und Völkerrecht* von 1734 vermerkt, mit dem pauschalen Hinweis auf «ein unvergleichliches Buch und in politicis gut zu gebrauchen»¹¹³. Auch in

¹⁰⁶ Z.B. § 79 Einleitung ALR 1794 (H. Hattenhauer/G. Bernert (Hrsg.)), 2. Aufl., 1994, S. 59).

¹⁰⁷ G. ACHENWALL, Die Staatsklugheit nach ihren ersten Grundsätzen, 3. Aufl., 1774, S. 26; H. G. SCHEIDEMANTEL, Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsreform, 1775 ND 1979, S. 95 ff., 145 ff.

¹⁰⁸ E. F. KLEIN, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben, 1797, S. 255; Vgl. auch F. G. von Hertlein, Juridisch-Politischer Versuch über die Wesentlichen Rechte der Majestät, nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts, 1787, S. 12.

¹⁰⁹ B. STRUVE, Bibliotheca Iuris Selecta, 8. Aufl., 1756 ND 1970; M. LIPENIUS, Bibliotheca Realis Juridica, Band I und II, 1757 ND 1970. In dem Ergänzungsband (Bd. III, Supplementa Ac Emendationes 1, 1775 ND 1970) ist Locke erwähnt.

¹¹⁰ J. F. VON PFEIFFER, Berichtigungen berühmter Staats-, Finanz-, Policei-, Cameral-, Commerz- und ökonomischer Schriften dieses Jahrhunderts, 1781-1784, Bd. V, S. 406-433.

¹¹¹ E. GERHARDT, Delineatio juris naturalis, 1712, zit. nach D. Klippel, Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 88 Fn. 79.

¹¹² G. S. TREUER, Wilhelm Frey Herrn von Schrödern «Disquisitio politica vom absoluten Fürsten-Recht» mit nöthigen Anmerkungen versehen, welche derselben gefährliche Irrthümer deutlich entdecken und solches praetendirende Recht gründlich untersuchen, 1719. Über Treuers Anmerkungen U. Wilhelm, Der deutsche Frühliberalismus, Von den Anfängen bis 1789, 1995, S. 44 ff.

¹¹³ N. GUNDLING, Discours über das Natur- und Völkerrecht, 1734, angeheftet an idem, Discours über die Politic, 1733, cap. VII §§ 12, 13, 105; cap. XXVIII §§ 1-15 (385 FN).

den Naturrechts-Lehrbüchern und –Systemen des 18. Jahrhunderts finden sich keine Spuren von Lockes *Second Treatise*: Christian Thomasius erwähnt die Lockesche Abhandlung über die Regierung weder in seinen *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* (1705)¹¹⁴ noch in seiner *Historia Juris Naturalis* (1719)¹¹⁵. Auch für Christian Wolff läßt sich keine Locke-Rezeption nachweisen, weder in seinem Briefwechsel mit Leibniz 1690-1698¹¹⁶ noch in den staatsrechtlichen Teilen des *Jus naturae methodo scientifico pertractum* (1740-48)¹¹⁷ oder in den *Institutiones juris naturae et gentium* (1750)¹¹⁸. Diese Reihe läßt sich fortsetzen mit Heineccius' *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts* (1737)¹¹⁹, mit Hufelands *Lehrsätze des Naturrechts* (1790)¹²⁰ und mit Martinis *Lehrbegriff des Naturrechts zum Gebrauch in den öffentlichen Vorlesungen in den k.u.k. Staaten* (1799)¹²¹, die den *Second Treatise* nicht erwähnen.

Die Verarbeitung der Staatstheorie Lockes ist in Deutschland bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unterblieben¹²².

Für Montesquieu ist das Bild nur auf den ersten Blick ein anderes: Montesquieu wird in der Literatur des 18. Jahrhunderts durchaus genannt¹²³. Seine Idee einer Gewaltenverteilung ist in der deutschen Staatsphilosophie nach 1750 auch bekannt, nicht aber populär. Der Nationalökonom Johann Heinrich Gottlob von Justi bemerkt in seiner 1760 erschienenen Abhandlung von *Natur und Wesen der Staaten als die Quelle aller Regierungswissenschaften und Gesetz*, daß es für die Völker «allemaal rathsamer und sicherer ist, wenn sie

¹¹⁴ CHR. THOMASIIUS, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, 4. Aufl. 1718 ND 1963, lib III, cap. 5 §§ 10-11, 276 f erwähnt Grotius, Pufendorf und Huber, nicht aber Locke.

¹¹⁵ CHR. THOMASIIUS, *Historia Juris Naturalis*, 1719, cap. VI §§ IX-XI, S. 80-84 erwähnt nur Hobbes, Aubry und Cumberland, nicht aber Locke.

¹¹⁶ Z.B. Brief vom 4.4.1705, in: C. I. Gerhardt (Hrsg.), *Briefwechsel zwischen Leibniz und Christian Wolff*, 1860 ND 1963, S. 23; Brief vom 15.10.1705, Ebd., S. 40.

¹¹⁷ CHR. WOLFF, *Jus Naturae*, Hrsg. von M. Thomannus, P. VIII, 1748 ND 1968, § 66, S. 41; § 69 f, S. 43 f; § 102, S. 70; §§ 10, 13, S. 8, 10 erwähnt nur Hobbes, Grotius, Huber und Aristoteles.

¹¹⁸ CHR. WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Pars III, 1750 ND 1969, Sect II, §§ 972-1087, S. 597 - 679.

¹¹⁹ J. G. HEINECCIUS, *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts*, übersetzt von P. Mortzfeld, 1994, cap. I § 15, S. 32 setzt sich nur mit Lockes Erkenntnistheorie auseinander.

¹²⁰ G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, 1790 ND 1973.

¹²¹ K. A. VON MARTINI, *Lehrbegriff des Naturrechts zum Gebrauch in den öffentlichen Vorlesungen in den k.u.k. Staaten*, 1799 ND 1970.

¹²² So auch Klippel, *Freiheit* (Fn. 111), S. 88; *ders.*, *Naturrecht als politische Theorie. Zur politischen Bedeutung des deutschen Naturrechts im 18. und 19. Jahrhundert*, in: H. E. Bödeker/U. Herrmann (Hrsg.), *Aufklärung als Politisierung-Politisierung als Aufklärung*, 1987, S. 267.

¹²³ H. FENSKE, Art. »Gewaltenteilung«, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe, Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 2, 1975, S. 923, 935; R. Vierhaus, *Montesquieu in Deutschland*, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Collegium Philosophicum, Festschrift für Joachim Ritter*, 1965, S. 403 ff. Dazu jüngst H. Mohnhaupt, *Zu Einfluß, Wirkung und Funktion von deutschen Übersetzungen französischer Schriften in Deutschland: Bodin, Montesquieu und Sieyes*, in: J.-F. Kervégan/H. Mohnhaupt, *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich*, 2001, S. 1, 27 ff.

Niemand eine uneingeschränkte oberste Gewalt anvertrauen, das ist, wenn sie nicht alle Zweige und Theile der obersten Gewalt in einerley Hände geben»¹²⁴. Vielmehr sollten «die verschiedenen Theile der obersten Gewalt in ein gerechtes Verhältniß und Gleichgewicht mit einander gesetzt werden»¹²⁵. Im gleichen Jahr plädiert der Schweizer Physiokrat Isaak Iselin in seinem *Versuch über die Gesetzgebung* (1760) dafür «die Gewalt... so viel möglich... zu vertheilen und zu mässigen, daß auch der Wille dieselbe zu mißbrauchen, von dem Vermögen dazu entblößt sey»¹²⁶. Beide Stimmen drücken jedoch den wirtschaftspolitischen Blickwinkel des Nationalökonom Johann Heinrich Gottlob von Justi und des Physiokraten Isaak Iselin aus: Träger des politischen Gemeinwesens ist nicht mehr der Staat, sondern die Vielzahl der den Staat bildenden gesellschaftlichen Gliederungen, deren ökonomischer Zustand individuelle und allgemeine Glückseligkeit grundlegt.

Die meisten Staatsrechtler des 18. Jahrhunderts jedoch lehnen den Gedanken der Teilbarkeit der obersten Staatsgewalt ab. Der Regent vereinigt in seiner Person alle Staatsgewalt (*plenitudo potestatis*): das Majestätsrecht der Gesetzgebung, der Gerichtsbarkeit und der Regierung. Weder die erkennbare aristotelische Dreiteilung¹²⁷ in beratende (gesetzgebende), exekutive und richterliche Tätigkeit noch die Ausübung durch unterschiedliche Staatsbedienstete bedeutet eine Teilung der drei selbständigen Gewalten: «*Neque ipsi [principes] legislatoriam potestatem antiquis temporibus satis cognoverunt nec a potestate iudiciali illam sat distinxerunt*»¹²⁸, vernehmen wir Johann August Reichardt in seiner *Jenaer Disseration* von 1769. Außerdem würde - nach der Ansicht von Heinrich Gottlieb Scheidemantel - die Wohlfahrt des Staats unter der Gewaltenteilung leiden, denn «einer würde des andern Absicht vereiteln, seine Macht entkräften»¹²⁹. Noch 1824 ist die Gewaltenteilungslehre für Johann Christoph Freiherr von Aretin ein «papierener Imperativ»¹³⁰.

¹²⁴ J. H. G. VON JUSTI, Die Natur und das Wesen der Staaten, als die Grundwissenschaft der Staatskunst, der Policy, und aller Regierungswissenschaften, desgleichen als die Quelle aller Gesetze, 1760, S. 97. Träger eines politischen Gemeinwesens ist bei Justi nicht mehr der Staat, verkörpert im monarchischen Souverän, sondern die Vielzahl der den Staat bildenden gesellschaftlichen Gliederungen. Dazu auch L. Pahlow, Justiz und Verwaltung, Zur Theorie der Gewaltenteilung im 18. und 19. Jahrhundert, 2000, S. 58.

¹²⁵ VON JUSTI (Fn. 134), S. 154.

¹²⁶ I. Iselin, Versuch über die Gesetzgebung, 1760, ND 1978, S. 25 f. Vgl. Pahlow (Fn. 124), S. 58.

¹²⁷ ARISTOTELES, Politik, IV. Buch, Nr. 14, 1297b41-1298a3, dtv-Klassik, 6. Aufl., 1986, S. 157. Dazu auch Tsatsos (Fn. 44), S. 11, 13 ff. Zur staatlichen Strukturierung der absolutistischen Herrschaftsgewalt in die drei Gewalten bei den rationalistisch-atomistischen Staatskonstruktoren des 17. Jahrhunderts, vgl. K. Kluxen, Die Herkunft der Lehre von der Gewaltentrennung, in: J. Engel/H. M. Klinkenberg (Hrsg.), Kallen-Festschrift, 1957, S. 219 ff.

¹²⁸ J. A. REICHARDT, Selecta de iure statuum provincialium concurrente circa legislatoriam potestatem, quae praeside..., submittet Christoph Christianus Ludovicus Hoenninger, 1769, S. 15.

¹²⁹ H. G. SCHEIDEMANTEL, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Bd. 1, 1770, S. 161.

¹³⁰ J. CHR. FREIHERR VON ARETIN, Wie darf man in den deutschen Bundesstaaten über politische Gegenstände schreiben?, 1824, S. 93.

Auch Vertreter des deutschen Idealismus setzen sich für die einheitliche Staatsgewalt ein. In Fichtes *Grundlagen des Naturrechts und Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1796) umfaßt die exekutive Gewalt sowohl die richterliche als auch die ausübende Gewalt im engeren Sinn¹³¹, und die Unterscheidung zwischen legislativer und exekutiver Gewalt ist für Fichte «untunlich»¹³². Im *System der Rechtslehre* (1812) lehnt Fichte die Gewaltenteilung als «künstliche Verfassung» ab¹³³. Auch in Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821) wird die Gewaltenteilung abgelehnt¹³⁴. Noch im *System der Sittlichkeit, Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie* (1802/1803) hatte sich Hegel mit Montesquiueus Gewaltengliederung auseinandergesetzt¹³⁵. Auch für den Hegel-Schüler Eduard Gans ist die Staatsgewalt ungeteilt¹³⁶.

Der Eingriff des Monarchen in die Rechtspflege durch eigene Entscheidung eines Rechtsfalls oder Vorgaben für das entscheidende Gericht ist eine *sententia ex plenitudine potestatis*, also ein Machtspruch. Davon wird der Rechtsspruch als Gerichtsentscheidung im Rahmen eines justizförmigen Verfahrens unterschieden. Diese Gegenüberstellung Machtspruch-Rechtsspruch in der ab 1750 einsetzenden Machtspruchkritik geht nicht von einer wirklichen Trennung von Regierungsgewalt und Justizhoheit aus. «Der Grund des Rechts, Macht-Sprüche zu erteilen, wird aus der plenitudine potestatis, das ist, aus der Macht-Vollkommenheit derer Regenten hergeleitet»¹³⁷, formuliert Johann Jacob Moser 1750 in seiner *Abhandlung von Kayserlichen Macht-Sprüchen In Rechts- Staats- und Gemischten Sachen*. Auch David Georg Struben geht 1761 in den *Nebenstunden, 13. Abhandlung: Von Regierungs- und Justizsachen*, von der Vereinigung der Gewalten beim Monarchen aus¹³⁸. Mit dieser Prämisse stimmt auch Philipp Joseph Pandin de Jariges in seinen *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procedure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain* (1765) überein¹³⁹. Gleichlautende Formulierungen finden sich bei Johannes Ulrich von Cramer in

¹³¹ J. G. FICHTE, *Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 159.

¹³² FICHTE (Fn. 131), S. 16.

¹³³ FICHTE, *System der Rechtslehre*, in: I. H. von Fichte (Hrsg.), *Sämtliche Werke*, Bd. 2, 1845, S. 631 f.

¹³⁴ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen, Hrsg. von J. Hoffmeister, 4. Aufl., 1955, §§ 272, 273, 275, 287. Vgl. dazu L. Siep, *Hegels Theorie der Gewaltenteilung*, in: H.-Chr. Lucas/O. Pögeler (Hrsg.), *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, 1986, S. 387 ff.

¹³⁵ HEGEL, *System der Sittlichkeit*, Unveränd. ND aus «*Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*», Hrsg. von G. Lasson, 1967, S. 489.

¹³⁶ E. GANS, *Vermischte Schriften*, Bd. I, 1834, § 7.

¹³⁷ J. J. MOSER, *Abhandlung von Kayserlichen Macht-Sprüchen In Rechts- Staats- und Gemischten Sachen*, 1750, § 5, S. 8 f.

¹³⁸ D. G. STRUBEN, *Nebenstunden, Dritter Theil*, 1761, 13. Abhandlung: *Von Regierungs- und Justizsachen*, S. 43, 51, 68.

¹³⁹ PH. J., PANDIN DE JARIGES, *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procedure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain*, 1765, S. 21.

seinem *Systema Processus Imperii seu Superiorum Augustissimorum Tribunalium* (1768)¹⁴⁰ und bei Wigulæus Freyherr von Kreittmayr in seinem *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes* (1770)¹⁴¹. Die Trennung der Regierungs- und Justizsachen läßt nach Jacob Gottlieb Siebers' *Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn Selbst Recht zu sprechen* (1773) die Machtvollkommenheit des Landesherrn unberührt, eine Rechtssache selbst durch Machtspruch zu entscheiden¹⁴².

Die Übertragung der Rechtsprechung auf rechtsgelehrte Richter sondert die Justizhoheit nicht aus der einheitlichen landesherrlichen Majestät auf unabhängige Verfassungsorgane aus¹⁴³. Die verschiedenen Hoheitsrechte können durch unterschiedliche Staatsbedienstete ausgeübt werden, dies bedeute aber noch nicht Trennung der Hoheitsrechte von der höchsten Gewalt¹⁴⁴. Ausgehend von der einheitlichen monarchischen Staatsgewalt sind die Richter «Gehülfen der Regierung»¹⁴⁵, «welche von dem Staate mit einem Theile der vollziehenden Gewalt bekleidet»¹⁴⁶ sind. Anstelle der ordentlichen Richter ist der Landesherr aufgrund seiner Justizhoheit zum Machtspruch berechtigt, «so oft es das öffentliche Wohl erheischt»¹⁴⁷, «als es utilitas vel necessitas publica erfordert»¹⁴⁸, «necesse est»¹⁴⁹, in «justa causa»¹⁵⁰, wenn die allgemeine Wohlfarth... Gefahr läuft»¹⁵¹, zur «Erhaltung des Wohls des Staates»¹⁵², «wenn der Fall von der Art ist, daß durch Verwaltung einer unpartheiischen Justiz der

¹⁴⁰ J. U. FREIHERR VON CRAMER, *Systema Processus Imperii seu Superiorum Augustissimorum Tribunalium*, 1768, Sectio I tit I (De origine ac constitutione generali supremorum imperii tribunalium), § 10, S. 4.

¹⁴¹ W. FREIHERR VON KREITTMAYR, *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes*, Erster Theil: Von dem allgemeinen Staatsrechte, 2. Aufl., 1789, S. 20 f.

¹⁴² J. G. SIEBERS, *Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn Selbst Recht zu sprechen*, 1773, S. 18 (§ 24), S. 27 (§ 32).

¹⁴³ SIEBERS (Fn. 142), S. 9 f: «§ 13. Es mag nun ein freyer Wille oder eine Nothwendigkeit seyn, das Gericht durch andere verwalten zu lassen; so findet man eben darinn den Unterschied der Gerichtsbarkeit und deren Ausübung, des Gerichtsherrn und dessen, so sie Nahmens seiner ausübet. Jener bleibt allemal der Herr des Gerichts und der Gerichtsbarkeit».

¹⁴⁴ SCHEIDEMANTEL (Fn. 129), Bd. 1, S. 157.

¹⁴⁵ N. TH. VON GÖNNER, *Commentar über das Königl. baierische Gesetz vom 22. Juli 1819, 1820*, S. LV. Vgl. auch Ph. J. Siebenpfeiffer, *Gerichtsverfassung, Die Gerichtsverfassung des Rheinkreises*, in: Rheinbayern, Bd. 1, 1830, S. 48 ff.

¹⁴⁶ W. H. PUCHTA, *Über die Grenzen des Richteramtes in bürgerlichen Rechtssachen*, 1819, S. 10.

¹⁴⁷ R. MAURENBRECHER, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, 1837, § 189 (Besondere Anwendungen der vollziehenden Gewalt), A. Von der richterlichen Gewalt der deutschen Regenten, S. 337.

¹⁴⁸ VON KREITTMAYR (Fn. 141), S. 20 f.

¹⁴⁹ JOHANN STEPHAN PÜTTER, *Elementa Iuris Germanici Privati Hodierni in usum auditorum*, 1748, § 814, S. 258.

¹⁵⁰ VON CRAMER (Fn. 140), S. 4.

¹⁵¹ SIEBERS (Fn. 142), S. 49.

¹⁵² K. F. HÄBERLIN, *Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter*, Zweyter Band, Neue Auflage, 1794, Siebentes Buch: Von Regierungsrechten, die auf besondere bestimmte Zwecke gerichtet sind, und zwar erstlich von den innern und wesentlichen, Erstes Kapitel: Von der richterlichen Gewalt, § 300, S. 479.

Staat der größten Gefahr ausgesetzt würde»¹⁵³, «des gemeinen Bestens halber (*necessitas rei publicae; utilitas publica*)»¹⁵⁴. Das Staatswohl obliegt nicht der alleinigen Entscheidungsgewalt des Landesherrn, sondern der mit den Landständen gemeinsamen Beurteilung¹⁵⁵. Dies ergibt sich aus dem Vorrang des vernunftbestimmten Normzwecks vor dem Herrscherwillen, der auch die ab 1750 geläufige Unterscheidung zwischen Rechtspruch und Machtspruch begründet. Der politische Wille des Landesherrn ist für Regierungssachen maßgeblich¹⁵⁶, der vernunftbestimmte Normzweck für Justizsachen¹⁵⁷.

Daher begründen die genannten Autoren ihre Machtspruchkritik auch nicht mit der Notwendigkeit der Gewaltenteilung gegen Machtmißbrauch, sondern vielmehr mit der Belastung des Monarchen durch die Regierungsgeschäfte¹⁵⁸ oder mit dem Mangel an «juristischer Fachkenntnis», «Kaltblütigkeit» und «Zeit»¹⁵⁹. Bei Betroffenheit von landesherrlichen Interessen erregt der Machtspruch den Verdacht der Parteilichkeit¹⁶⁰ oder macht den Landesherrn zum Richter in eigener Sache¹⁶¹. Überdies würden die Untertanen nicht gleichbehandelt, wenn des einen Rechtssache vom Landesherrn selbst, des anderen Anliegen aber von den ordentlichen Gerichten entschieden wird. So ist für Jacob Gottlieb Siebers... «des Herrn Wille, daß der Beklagte oder der Kläger in der Kürze zu seinem Rechte gelange... auch keine Ursache, warum der eine oder der andere vor so vielen hunderten und tausenden den Vorzug habe»¹⁶². Fehlerhafte Immediateingaben der Supplikanten¹⁶³ oder fehlerhafte juristische Prüfungen¹⁶⁴ können zur materiellrechtlichen Ungerechtigkeit eines Machtspruchs führen¹⁶⁵.

Trotz Koinzidenz des Erscheinens von Montesquieus Geist der Gesetze 1748 und der 1750 einsetzenden Machtspruchkritik läßt sich demnach keine Rezeption der Gewaltenteilung Montesquieus nachweisen. Erkennbar ist allenfalls das Interesse am Thema der Verschiedenheit von Regierungs- und Justizsachen¹⁶⁶, angeregt durch die eifrig zitierten montesquieuschen Textvor-

¹⁵³ HÄBERLIN (Fn. 152), § 300, S. 477.

¹⁵⁴ D. G. STRUBEN, *Rechtliche Bedenken, Vierter Theil, 1772*, 49. Bedenken, S. 113; *ders.*, *Nebenstunden* (Fn. 138) § 4, S. 50 (Gesetze), S. 53 (Verfügungen).

¹⁵⁵ STRUBEN, *Nebenstunden* (Fn. 138), S. 69.

¹⁵⁶ STRUBEN, *Gründlicher Unterricht von Regierungs- und Justizsachen; worin untersucht wird: Welche Geschäfte ihrer Natur und Eigenschaften nach vor die Regierungs- oder Justiz-Collegia gehören, beigeheftet bei den rechtliche Bedenken, Fünfter Theil, 1788*, S. 23: «pro prudenti imperantium arbitrio».

¹⁵⁷ SIEBERS (Fn. 142), S. 4 f: «Jene mißt... nach Wohlfarth des Staats und der Unterthanen... diese... nach den Gesetzen und deren Verstande ab.»

¹⁵⁸ W. H. PUCHTA, *Die Landgerichte in Bayern und ihre Reform*, 1834, S. 96 ff.

¹⁵⁹ N. TH. VON GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Processes*, Teil I, 2. Aufl., 1804, S. 9 f; *ders.*, *Deutsches Staatsrecht*, 1804, S. 474 f.

¹⁶⁰ SIEBERS (Fn. 142), S. 13.

¹⁶¹ SIEBERS (Fn. 142), S. 42 ff.

¹⁶² SIEBERS (Fn. 142), S. 10 ff.

¹⁶³ PANDIN DE JARIGES (Fn. 139), S. 20 ff..

¹⁶⁴ PANDIN DE JARIGES (Fn. 139), S. 22.

¹⁶⁵ PANDIN DE JARIGES (Fn. 139), S. 21.

¹⁶⁶ SIEBERS (Fn. 142), S. 4 f: «§ 7 Die Geschäfte der Regierung und die Geschäfte der Gerichtsbarkeit sind mächtig von einander unterschieden».

lagen aus dem VI. Buch 5. und 6. Kapitel *De L'Esprit des Lois* (1748)¹⁶⁷. Außer bei Jacob Gottlieb Siebers und David Georg Struben finden sich Zitate auch noch bei Karl Friedrich Häberlin¹⁶⁸.

Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit diesen Passagen aus dem Geist der Gesetze gegen die unmittelbare Ausübung der Justizhoheit durch den Herrscher selbst (VI. Buch 5. Kapitel) oder durch Regierungsmitglieder (VI. Buch 6. Kapitel)¹⁶⁹ findet jedoch nicht statt. Montesquieus Gedanke der Vermittlung der Justizhoheit durch ordentliche Justizbeamte wird von Jacob Gottlieb Siebers und Karl Friedrich Häberlin nicht aufgegriffen. David Georg Struben paraphrasiert zwar in der *Abhandlung Von Regierungs-und Justizsachen* aus den *Nebenstunden* die Montesquieusche Textvorlage in VI 5 und XI 6¹⁷⁰, distanziert sich aber ausdrücklich von jeder Einschränkung der monarchischen Justizhoheit: «In Teutschland hat jedoch weder zu ältern noch zu neuern Zeiten es der Freyheit Abbruch gethan, daß mit den Fürsten, und denjenigen, welche sie in Regierungs-Sachen zu Rath zogen, die Gerichts-Höfe vielfältig besetzt worden»¹⁷¹. Und Johann Jacob Moser bezeichnet die Relevanz von Montesquieus Gedanken der Gewaltenteilung für das Verbot von Machtsprüchen explizit als «null und nichtig»¹⁷².

Im ALR 1794 findet die Staatslehre des 18. Jahrhunderts Eingang in das geschriebene Verfassungsrecht. Die auf ständischen Druck aufgenommene Selbstverpflichtung des aufgeklärt absolutistischen Herrschers, den Untertanen «die durch die Gesetze angewiesenen Gerichte» (§ 79 Einleitung ALR 1794) nicht zu entziehen, wird aus Zweckmäßigkeitgründen zur Durchsetzung der Staatsräson gewährt¹⁷³. Eine Einschränkung der monarchischen Hoheitsrechte

¹⁶⁷ «§ 29. Der Herr von Montesquieu in seinem in vielem Betracht vortrefflichen Buche de l'esprit des lois hält es in monarchischen Staaten vor nothwendig, daß der Monarch und sein Geheimer Staatsrath mit der Entscheidung einzelner Fälle sich nicht abgeben, sondern selbige lediglich den zur Verwaltung der Justiz gesetzten Collegien überlassen müsse. Ja er behauptet, daß eine Monarchie aufhöre, es zu seyn, wenn solches geschähe. Ich will seine Worte aus dem 6ten und 7ten Capitel des sechsten Buchs selbst hersetzen.» [Es folgt das Montesquieu-Zitat aus VI, 5, nicht wie von Siebers irrtümlich angegeben aus VI, 6] (SIEBERS (Fn. 142), S. 23 f). Mit VI, 6 belegt Siebers die Verschiedenheit von Regierung (Minister) und Gerichtsbarkeit (Richter) (Ebd., S. 24).

¹⁶⁸ HÄBERLIN (Fn. 152), § 261, S. 302 f: «Der scharfsinnige Montesquieu sagt in seinem Buche über den Geist der Gesetze: in den despotischen Staaten darf der Fürst richten, nicht so in monarchischen: sonst würde die Verfassung zerstöret, die Form der gerichtlichen Entscheidung aufgehoben, die Gemüther aber mit bleichender Furcht erfüllt werden».

¹⁶⁹ MONTESQUIEU, wie oben Fn. 33.

¹⁷⁰ STRUBEN (wie Fn. 138, S. 44) paraphrasiert VI 5 und XI 6 De L'Esprit des Lois: «eine solche Vereinigung könne mit der Freyheit nicht bestehen; die rechtliche Entscheidungen würden gar leicht willkürlich, mithin ließe das Leben, die Freyheit und Güter der Unterthanen Gefahr, wenn diejenigen, welche die höchste Gewalt in Händen haben, sich auf den Richter-Stuhl setzten. Eben deswegen sey in den mehresten Europäischen Königreichen die Regierungs-Form nicht despotisch, weil man in selbigen die Rechts-Händel durch Unterthanen erörtern ließe. Ein Fürst müsse Richter bestellen, nicht aber selbst richten».

¹⁷¹ STRUBEN (Fn. 138), S. 44.

¹⁷² MOSER (Fn. 137), § 9 aE, S. 15.

¹⁷³ Vgl. A. SCHWENNICKE, Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 353.

durch Gewaltenteilung lag den Redaktoren fern, wie die Kritik der Gewaltenteilung in den Kronprinzenvorträgen des Carl Gottlieb Svarez belegt¹⁷⁴.

Auch die Schutzrichtung der frühkonstitutionellen Formulierungen, wie z.B. in Tit. V, § 4 der Constitution für das Königreich Bayern vom 1.5.1808 oder § 2 Nassau-Patent vom 2.9.1814¹⁷⁵, ergibt sich aus ihrer Struktur als Gewährleistungen kraft monarchischer Machtvollkommenheit. Die frühkonstitutionelle Selbstbindung durch Verfassungsoktroi steht in der Tradition der Orientierung des aufgeklärten Monarchen am Recht, dem vernunftbestimmten Normzweck.

Gemeinsam ist den aufgeklärt absolutistischen und frühkonstitutionellen Formulierungen die Eigenart staatlich verliehener Rechtspositionen. Sie beinhalten daher keine vorstaatlichen Freiheitsrechte, sondern die Selbstbindung des Monarchen, den Rechtsuchenden nicht willkürlich die Zuständigkeiten in der aufzubauenden einheitlichen staatlichen Gerichtsorganisation zu entziehen, ohne freilich die Willkürgrenze für hoheitliche Eingriffe zu bestimmen. Damit erweisen sich die frühkonstitutionellen Garantien gegen die Justizwillkür des Metternichschen Systems als wirkungslos.

Unter dem Eindruck der polizeistaatlichen Repressalien der Restauration entwirft das von der Kantschen Philosophie beeinflusste liberale Schrifttum die rechtsstaatliche Konzeption der Garantie des gesetzlichen Richters. Diese rechtsstaatliche Formulierung des Rechts auf den gesetzlichen Richter beruht auf der Gewaltenteilungskonzeption des 19. Jahrhunderts.

Anders als die Konzentration der Hoheitsrechte im Majestäts-Begriff der aufgeklärt-absolutistischen Staatslehre wurden gegen Ende des 18. Jahrhunderts im Allgemeinen Staatsrecht «Gewaltenteilung» und «Gewaltentrennung» als herrschaftsbeschränkende Modelle intensiv diskutiert¹⁷⁶. Mit dem Hinweis auf die Gefahr des Machtmißbrauches geben die Staatsrechtler ab 1790 den Begriff der uneingeschränkten «obersten Gewalt» auf: «[Die] Einherrschaft [ist] die gefährlichste, wenn sie unumschränkt [ist]» vernehmen wir August Ludwig Schlözer in seinem 1793 erschienenen *Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungslere*.

Die theoretische Begründung der notwendigen Beschränkung staatlicher Gewalt liefert Immanuel Kant in seinen Abhandlungen *Über den Gemeinspruch*:

¹⁷⁴ C. G. SVAREZ, Über den Einfluß der Gesetzgebung in der Aufklärung (1789), in: H. Conrad/G. Kleinheyer (Hrsg.), Vorträge über Recht und Staat, 1960, S. 469, 474. Vergleichbar ist Ernst Ferdinand Kleins Vertrauen in den monarchischen Absolutismus (*E. F. Klein*, Freyheit und Eigentum, abgehandelt in 8 Gesprächen über die Beschlüsse der französischen Nationalversammlung, 1790, S. 164).

¹⁷⁵ Tit V, § 4 Constitution für das Königreich Bayern 1.5.1808: Der König kann... vielweniger eine Partei ihrem gesetzlichen Richter entziehen. (zit. in: K. H. L. Pölit, Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren, Zweiter Theil, 1817, S. 140 f); § 2 Nassau-Patent vom 2.9.1814:..., auch daß keiner Unserer Unterthanen jemals seinem gewöhnlichen Gerichtsstande, und durch die Gesetze vorher bestimmten ordentlichen Richter, durch außerordentliche Maasregeln, entzogen werde. (Ebd., S. 300).

¹⁷⁶ Zur fehlenden begrifflichen Unterscheidung zwischen Gewaltentrennung und -teilung vgl. *Fenske* (Fn. 123), S. 942.

Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), Zum ewigen Frieden (1795) und vor allem in den *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, dem ersten Teil der *Metaphysik der Sitten* (1797/98). Nach dem kantianischen Kerngedanken der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen als vernunftbegabtes, mit freiem Willen ausgestattetes Wesen¹⁷⁷ ist es kein Freiheitsverzicht, sondern ein Willensakt, den vorstaatlichen Naturzustand zu überwinden und gegenseitig in den der praktischen Vernunft entsprechenden rechtlichen Zustand zu treten. Erst mit diesem Ansatz können Menschenrechte als unveräußerliche und unverzichtbare Rechte begriffen werden. Die a priori-Vernunftgegebenheit der Menschenrechte im bürgerlichen Rechtsstaat¹⁷⁸ läßt nur eine begrenzte Staatsgewalt zu¹⁷⁹. Ein absoluter Herrschaftsanspruch ist mit den vernunftgegebenen Menschenrechten nicht vereinbar, sondern «Despotism»¹⁸⁰.

Der «Republikanism» als Kants Umschreibung des bürgerlichen Rechtsstaates¹⁸¹ ist «das Staatsprinzip der Absonderung der ausführenden Gewalt (der Regierung) von der gesetzgebenden;»¹⁸² Träger der Legislative ist für Kant das Volk als Souverän¹⁸³. Dem Regenten verbleibt die Exekutive¹⁸⁴. Diese ist der gesetzgebenden Gewalt untergeordnet¹⁸⁵, denn so Kant wörtlich «der Despotism ist das der eigenmächtigen Vollziehung des Staats von Gesetzen, die er selbst gegeben hat, mithin der öffentliche Wille, sofern er von dem Regenten als sein Privatwille gehandhabt wird»¹⁸⁶. Die richterliche Gewalt trennt Kant von der exekutiven und von der legislativen Gewalt¹⁸⁷.

Diese kantianische Gewaltenteilungslehre findet sich bei zahlreichen Autoren der jüngeren Naturrechtsschule. Teilweise werden lediglich gesetzgebende und vollziehende Gewalt unterschieden, überwiegend jedoch setzt sich im nachkantianischen Schrifttum die Gewaltentrias durch¹⁸⁸. Konrad Stang

¹⁷⁷ I. KANT, Einleitung in die *Metaphysik der Sitten*, IV (Vorbegriffe zur *Metaphysik der Sitten*), Gesamterkaufgabe Cassirer, Bd. VII, 1922, S. 21 ff.

¹⁷⁸ KANT, Zum ewigen Frieden, Zweiter Abschnitt, Erster Definitivartikel zum ewigen Frieden: Die bürgerliche Verfassung in jedem Staate soll republikanisch sein, Gesamterkaufgabe Cassirer Bd. VI, 1923, S. 425-513 (434).

¹⁷⁹ KANT, Zum ewigen Frieden (Fn. 178), S. 437.

¹⁸⁰ KANT, Zum ewigen Frieden (Fn. 178), S. 437.

¹⁸¹ KANT, Zum ewigen Frieden (Fn. 178), S. 434.

¹⁸² KANT, Zum ewigen Frieden (Fn. 178), S. 437.

¹⁸³ «Die gesetzgebende Gewalt kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen.» (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Zweiter Teil: Das öffentliche Recht, Erster Abschnitt: Das Staatsrecht, § 46, Gesamterkaufgabe Cassirer Bd. VII, 1922, S. 120). Vgl. auch Über den Gemeinspruch, II. Abschnitt (Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht, Gegen Hobbes), Gesamterkaufgabe Cassirer Bd. VI, 1923, S. 378.

¹⁸⁴ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Fn. 183), § 49, S. 123: «Die Regierung, die zugleich gesetzgebend wäre, würde despotisch zu nennen sein.»

¹⁸⁵ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Fn. 183), § 49, S. 123: «Der Beherrscher des Volks (der Gesetzgeber) kann also nicht zugleich der Regent sein, denn dieser steht unter dem Gesetz und wird durch dasselbe folglich von einem anderen, dem Souverän, verpflichtet.»

¹⁸⁶ KANT, Zum ewigen Frieden. wie Fn. 178, S. 437.

¹⁸⁷ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Fn. 183), § 49, S. 124.

¹⁸⁸ PAHLOW (Fn. 124), S. 301 mwN.

bekräftigt 1798 in seiner *Darstellung der reinen Rechtslehre von Kant* den Vorrang der Legislative: «Der Regent kann nur dem Gesetz gemäß zwingen; er steht also unter dem Gesetze, und wird durch dasselbe, mithin von einer andern Person, nämlich dem Gesetzgeber, verpflichtet»¹⁸⁹.

Die Gefahr willkürlicher Machtausübung wird übereinstimmend als Motiv für die Gewaltenteilungsforderungen angeführt. Die kantianischen Kategorien des «Despotismus» bei Gewalteneinheit und des «Republikanismus» bei Gewaltenteilung werden nach 1793 zu gängigen Topoi in der allgemeinen Staatslehre. So bezeichnet Georg Samuel Albert Mellin in seiner 1796 erschienenen *Grundlegung zur Metaphysik der Rechte oder der positiven Gesetzgebung* eine Verfassung als «despotisch», in welcher derjenige, der «die Gesetze giebt, sie auch vollstreckt», denn «so kann er sie nach seinen Naturtrieben... geben, die Gesetze können also Werkzeuge seiner rechtswidrigen Begehungen seyn, und sein Privatwille wird statt des Willens aller herrschen»¹⁹⁰. Ist dagegen in einem Staat «die Gesetzgebende Gewalt von der Regierung abgesondert», dann herrscht «Republikanismus»¹⁹¹. Gleichlautende Formulierungen finden sich in Johann Benjamin Erhards *Prüfung der Alleinherrschaft nach moralischen Prinzipien* (1793)¹⁹², in Johann Adam Bergks *Theorie der Gesetzgebung* (1802)¹⁹³, in Karl Heinrich Ludwig Pölitz' *Staatslehre für denkende Geschäftsmänner* (1808)¹⁹⁴ und in Friedrich Ancillons Abhandlung *Ueber Souveränität und Staats-Verfassungen* (1815)¹⁹⁵.

Die Anerkennung der Gewaltenteilungsidee im allgemeinen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts ist durch den Wandel des Staatszwecks begünstigt. An die Stelle der aufgeklärt-absolutistischen Gemeinwohldoktrin tritt der liberale Staatszweck der bürgerlichen Freiheit: Aus der Selbstzweckhaftigkeit des Individuums folgt die natürliche Freiheit des Menschen, die die Staatsgewalt nicht verleihen, sondern nur anerkennen kann. Diese setzt der Staatsgewalt unüberschreitbare Grenzen durch den Abwehranspruch, im individuellen Freiheitsraum unbehelligt zu bleiben.

Durch die Theorie der Gewaltenteilung wird nach den Worten von Johann Joseph Roßbach die persönliche Freiheit vor staatlicher Übermacht geschützt: «Es versteht sich darum von selbst, daß, wenn alle drei Gewalten in einer Person... vereinigt wären, dieß alle Freiheit untergraben würde»¹⁹⁶. Der liberale

¹⁸⁹ K. STANG, *Darstellung der reinen Rechtslehre von Kant zur Berichtigung der vorzüglichsten Mißverständnisse derselben*, 1798, S. 99.

¹⁹⁰ G. S. A. MELLIN, *Grundlegung zur Metaphysik der Rechte und der positiven Gesetzgebung*, Ein Versuch über die ersten Gründe des Naturrechts, 1796, ND 1969, S. 111.

¹⁹¹ Mellin (Fn. 190), S. 110.

¹⁹² J. B. ERHARD, *Prüfung der Alleinherrschaft nach moralischen Prinzipien* in: *Der neue Teutsche Merkur*, 1793, Bd. 3, S. 363 f, 366.

¹⁹³ J. A. BERGK, *Die Theorie der Gesetzgebung*, 1802, S. 165, 170.

¹⁹⁴ K. H. L. PÖLITZ, *Die Staatslehre für denkende Geschäftsmänner, Kammeralisten und gebildete Leser*, Bd. 1, 1808, S. 95.

¹⁹⁵ F. ANCILLON, *Ueber Souveränität und Staats-Verfassungen*, Ein Versuch zur Berichtigung einiger politischer Grundbegriffe, S. 32.

¹⁹⁶ J. J. ROßBACH, *Die Lebens-Elemente der Staaten*, 1844, S. 96. Vgl. auch *Klippel*, *Freiheit* (Fn. 111), S. 153 f.

Staatszweck verlangt aus der Sicht von Karl Heinrich Ludwig Pölitz «die Trennung dieser... Gewalten in Hinsicht auf das Personale, dem sie anvertraut sind»¹⁹⁷. Rechtssicherheit läßt sich für Pölitz nicht ohne Gewaltenteilung erreichen, da diese «Trennung... das sicherste Princip des Rechts im Staate» verkörpert¹⁹⁸.

Diese liberalen Zielfunktionen der Gewaltenteilungsidee bleiben auch dann noch Bestandteile der liberalen politischen Theorie im 19. Jahrhundert, als das liberale Gewaltenteilungsverständnis in der Restaurationsepoche 1815/1820 den Ausgleich mit dem monarchischen Prinzip suchen muß. Der Kantianer Feuerbach entwickelt in seiner 1830 anonym in Nürnberg veröffentlichten Schrift *Kann die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgültig geändert werden?* auf dem Boden des liberal-konstitutionellen Kompromisses zwischen monarchischem Prinzip und Volksvertretung den gerichtsverfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt¹⁹⁹. Dieser Gesetzesvorbehalt setzt nach Feuerbachs Argumentation der Justizhoheit klare Grenzen²⁰⁰. Stellte man die Justizverfassung in das Belieben des Regenten, hätte dieser die Justiz samt ihrer Verfassung in seiner Gewalt²⁰¹. Der Verzicht des Monarchen auf Kabinettsjustiz allein sei nicht ausreichend²⁰², sondern nur die gesetzliche Regelung der Gerichtsverfassung²⁰³. Der gerichtsverfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt sichere Freiheit und Eigentum der Staatsbürger: «Schlechte Gerichtsverfassung und schlechte Justiz, schlechte Justiz und Gefährdung oder Verkümmern allen Rechts, der Freiheit aller Personen wie ihres Eigenthums, stehen sonach in unzertrennlicher Wechselbeziehung»²⁰⁴. Damit ist mit dem von Feuerbach für die Gerichtsverfassung ausgearbeiteten freiheitsschützenden Gesetzesvorbehalt die Konzeption der Garantie des gesetzlichen Richters als subjektives Abwehrrecht erreicht. Dies zeigt sich auch bei den weiteren Bearbeitungen der rechtsstaatlichen Formulierungen des gesetzlichen Richters. So erörtert Johann Ludwig Klüber das Recht auf den gesetzlichen Richter unter der Rubrik der gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten aller Staatsangehörigen außerhalb des Kapitels über die Justizhoheit und bestätigt damit den Bedeutungswandel von einer Gewährleistung kraft Justizhoheit zum subjektiven Recht²⁰⁵. Auch für Heinrich Albert Zachariä garantiert nur die konstitutionelle Einschränkung der Jus-

¹⁹⁷ Pölitz, Staatslehre (Fn. 194), S. 95.

¹⁹⁸ Pölitz, Staatslehre (Fn. 194), S. 96.

¹⁹⁹ P. J. A. VON FEUERBACH, *Kann die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgültig geändert werden*, in: Anselms von Feuerbach *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, 1833, S. 178-228.

²⁰⁰ VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 188.

²⁰¹ VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 188.

²⁰² VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 189.

²⁰³ VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 191.

²⁰⁴ VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 203 ff.

²⁰⁵ J. L. KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 2. Abtheilung enthaltend das Staatsrecht Teutscher Bundesstaaten, 2. Aufl., 1822, § 194, S. 411; 3. Aufl., 1831, § 259, S. 339; 4. Aufl., 1840, S. 367 f.

tizhoheit die Selbständigkeit der Gerichte²⁰⁶. Burkhard Wilhelm Pfeiffer fordert ebenfalls den gerichtsverfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt²⁰⁷, und Carl Joseph Anton Mittermair artikuliert die gesetzliche Bestimmung der Gerichtsorganisation als zentrale liberale Forderung²⁰⁸.

Die Verfassungsbewegung in einzelnen Staaten des Deutschen Bundes nach der französischen Julirevolution 1830 haben diese im liberalen Schrifttum ausgearbeitete Konzeption der Garantie des gesetzlichen Richters als subjektives Abwehrrecht noch nicht rezipiert. Erst im parteiübergreifenden Konsens der Paulskirchenversammlung setzt sich die im gerichtsverfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt formulierte rechtsstaatliche Konzeption der Garantie des gesetzlichen Richters durch²⁰⁹. Als Art. X § 175²¹⁰ geht sie in die Reichsverfassung vom 28.3.1849 ein und prägt die späteren Verfassungsbestimmungen in Art. 105 der Reichsverfassung vom 11.8.1919²¹¹ und in Art. 101 Abs 1 S 2 Bonner GG vom 23.5.1949. An die Stelle der aufgeklärt-absolutistischen oder frühkonstitutionellen Zusage kraft monarchischer Machtvollkommenheit tritt ein verfassungsrechtlich verbürgtes Freiheitsrecht, das nicht von der Staatsgewalt verliehen, sondern von dieser als vorstaatliches Recht anerkannt wird. Die Selbstbindung der Justizhoheit im aufgeklärten Absolutismus und Frühkonstitutionalismus wird 1848/49 verdrängt von der konstitutionellen Beschränkung der Justizhoheit durch den gerichtsverfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt, der mit dem Gerichtsverfassungsgesetz 1877 näher ausgestaltet wird.

VI. HISTORISCHER VERGLEICH ANHAND DER SCHUTZRICHTUNGEN

1. *Gemeinsame Schutzrichtung gegen Eingriffe in die Justiz durch ad hoc-Einsetzungen bestimmter Richter* Vergleicht man die Entwicklungen der

²⁰⁶ H. A. ZACHARIÄ, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Zweiter Theil: Das Regierungsrecht der Bundesstaaten und das Bundesrecht, 1842, § 148, S. 201 ff.

²⁰⁷ B. W. PFEIFFER, Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, Bd. 3, 1831, S. 274 f.

²⁰⁸ C. J. A. MITTERMAIER, Organisation der Gerichte, in: C. von Rotteck/C. Welcker (Hrsg.), Das Staatslexikon, Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände. In Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands, Bd. 10, 2. Aufl., 1848, S. 166.

²⁰⁹ Vgl. Wigard (Hrsg), Stenographischer Bericht Nationalversammlung, Erster Band, 33. Sitzung (am 3.7.1848), S. 729, 731; Zweiter Band, 54. Sitzung (am 3.8.1848), S. 1352, 1364.

²¹⁰ Die richterliche Gewalt wird selbständig von den Gerichten geübt. Cabinets- und Ministerialjustiz ist unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte sollen nie stattfinden (zit. in: E. R. Huber (Hrsg), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd 1: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850, 3. Aufl, 1978, S. 394).

²¹¹ Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standgerichte werden hiervon nicht berührt. Die militärischen Ehrengerichte sind aufgehoben [zit. in: G. Dürig/W. Rudolf (Hrsg.), Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte vornehmlich für den Studiengebrauch, 3. Aufl. 1996, S. 200].

Formulierungen anhand ihrer Schutzrichtungen, scheidet die Gewaltenteilung als gemeinsamer Ursprung der einzelstaatlichen Garantien des gesetzlichen Richters von vornherein aus. Als gemeinsames Motiv ist vielmehr der begriffliche Gegensatz zwischen ordentlichem Justizamt bzw. *common law*-Zuständigkeit und außerordentlichem Auftrag erkennbar. Die Orientierung der *justice retenue* des französischen Monarchen am Recht, der Vorrang des *common law* vor der Prärogative und die Verpflichtung der Justizhoheit deutscher Monarchen auf das Recht sind die in den untersuchten Rechtsordnungen übereinstimmende Grundlage für die Antonymie. Auch die Begründungen für diese Grundlagen stimmen überein.

a. *Begründung französischer Formulierungen* Die Orientierung der Justizhoheit (*justice retenue*) am Recht (*droit*) entspringt der Argumentation der französischen Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts, die das Wesen der Souveränität in der ausschließlichen Unterwerfung einer obersten Gewalt nur unter göttliches und natürliches Recht sieht. Daraus leitet sich die Verpflichtung der Souveränität auf die die übergesetzliche Gerechtigkeit (*aequitas, équité*) natürlichen Rechts verkörpernden staatstragenden Grundgesetze (*lois fondamentales*) ab. Die Unterscheidung zwischen dem Willen des Souveräns, den er als Gesetz (*loi*) befehlen kann, und der Gerechtigkeit des natürlichen und göttlichen Rechts (*droit*) ist der argumentative Schlüssel zur Kritik an den Kommissionen des absolutistischen französischen Monarchen. Ein von der Gerechtigkeitsidee natürlichen und göttlichen Rechts losgelöster Wille des Souveräns wird verworfen²¹². Die Zuständigkeitsordnung der Justizämter steht damit nicht zur willkürlichen Disposition des Souveräns kraft Justizhoheit.

Die Legitimation der Zuständigkeitshierarchie mit der der monarchischen Justizhoheit übergeordneten Gerechtigkeitsidee natürlichen Rechts (*un ordre qui a été établi par la nature même*) schlägt sich in der Terminologie der französischen Formulierungen nieder. Der zuständige Richter heißt der natürliche Richter (*juge naturel*). Auch die Beschwerden des *Parlement de Paris* verteidigen die ordentlichen Zuständigkeiten gegen das monarchische Kommissionswesen als natürliche Ordnung (*l'ordre naturel des juridictions*)²¹³ oder als unwandelbare Ordnung (*un ordre invariable dans l'administration de la justice*)²¹⁴. Die von Montesquieu als Hüter (*dépôt de lois*) der Fundamentalgesetze (*lois fondamentales*) beschriebenen *parlements* verkörpern die Überordnung der Fundamentalgesetze über den Herrscherwillen²¹⁵. Die ständischen Beschwerdehefte (*cahiers des doléances*) formulieren ihre Reformforderungen nach dem natürlichen Richter (*juge naturel*) ebenfalls als Ausdruck der Gerechtigkeitsidee des natürlichen Rechts²¹⁶. Dieses Argumentationsmuster geht in

²¹² BODIN (Fn. 11), I, 8 (S. 155): «mais il y a bien difference entre le droit & la loy: l'un n'emporte rien que l'équité, la loy emporte commandement: car la loy n'est autre chose que le commandement du souuevrain, usant de sa puissance.»

²¹³ Vgl. oben Fn. 42.

²¹⁴ Vgl. oben Fn. 43.

²¹⁵ II, 4 (S. 247, 249).

²¹⁶ Vgl. oben Fn. 40.

die Formulierung der nachrevolutionären *Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790* ein²¹⁷.

b. *Begründung englischer Formulierungen* Den Vorrang des Rechts (*common law*) vor der Prerogative (*royal prerogative*) begründet die Vernunftkonzeption des *common law* im 17. Jahrhundert, wie sie in *Cokes Reports* und in seinen *Institutes of the Laws of England* entwickelt werden und die Argumente gegen die Ausnahmegerichte (*prerogative courts*) in den Präjudizien *Prohibitions del Roy*, *The Case of Proclamations* und *The Case of the Five Knights* beherrschen. Die Vernünftigkeit des *common law* ist in seiner Eigenschaft als von alters her allgemeine Gewohnheit (*general immortal custom*) grundgelegt. Die im *common law* verkörperte richterliche Vernunft (*artificial reason*) ist der menschlichen Vernunft (*natural reason*) des Monarchen überlegen²¹⁸. Die Vernunftkonzeption unterwirft die monarchische Justizhoheit dem *common law*, in dem für die als Eigenmacht nichtrichterlicher Vernunft erscheinende Prerogative kein Raum ist. Die Argumentation in *the Case of Proclamations* verneint jede monarchische Prerogative, die nicht vom *common law* gewährt ist²¹⁹. Damit ist die unmittelbare Ausübung der monarchischen Justizhoheit durch weisungsabhängige Beauftragte in den außerordentlichen Gerichten (*prerogative courts*) der *Star Chamber* und des *Court of High Commission* ausgeschlossen²²⁰. Ausüben kann die Krone die Justizhoheit in der ordentlichen Gerichtsbarkeit der *common law*-Gerichte. Die Vernunftkonzeption des *common law* setzt sich in der Idee des übergesetzlichen Naturrechts Lockes fort. Das allgemeine Naturgesetz (*Law antecedent and paramount to all positive Laws of men*)²²¹ bindet alle Staatsgewalt. Wegen der Verpflichtung der Prerogative auf ein übergesetzliches Fundamentalgesetz (*Fundamental Law of Nature and Government*)²²² kann der Monarch das öffentliche Wohl nicht nach eigenem Willen entscheiden, sondern muß sich der obersten Entscheidungskompetenz des Parlaments unterordnen.

c. *Begründung deutscher Formulierungen* Die Verpflichtung der Justizhoheit auf das Recht ergibt sich in der deutschen Entwicklung maßgeblich aus der Unterordnung des Herrscherwillens unter den vernunftbestimmten Normzweck im aufgeklärten Absolutismus. Der politische Wille des Landesherrn ist für Regierungssachen maßgeblich²²³, der vernunftbestimmte Normzweck für Justizsachen²²⁴. Aus dem Vorrang des vernunftbestimmten Normzwecks vor dem Willen des Regenten ergibt sich der Unterschied zwischen Rechtspruch und Machtspruch, der gegen landesherrliche Kommissionen und Evokationen

²¹⁷ Titre II, Art. 17, *Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790* (Fn. 58).

²¹⁸ Vgl. oben Fn. 83.

²¹⁹ *The Case of Proclamations* (1611, Mich. 8 Jac. 1) 12 Co.Rep. 74, 76 = 77 ER 1352, 1354: «Also it was resolved, that the King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him.»

²²⁰ Vgl. oben Fn. 84.

²²¹ Vgl. oben Fn. 99.

²²² Vgl. oben Fn. 100.

²²³ Vgl. oben Fn. 156.

²²⁴ Vgl. oben Fn. 157.

artikuliert wird. Das Staatswohl obliegt aufgrund der Unterordnung des Herrscherwillens unter den vernunftbestimmten Normzweck nicht der alleinigen Entscheidungsgewalt des Landesherrn, sondern der mit den Landständen gemeinsamen Beurteilung²²⁵.

2. Gemeinsame europäische Verfassungstradition der Garantie des gesetzlichen Richters

a. *Inhalt.* Der historische Vergleich anhand der Schutzrichtungen ständischer und konstitutioneller oder auf Volkssouveränität gegründeter Formulierungen in der Geschichte Frankreichs anhand der Schutzrichtung der *rule of law* und des Prinzips der Parlamentsouveränität in der Geschichte Englands und anhand der Schutzrichtung aufgeklärt-absolutistischer, frühkonstitutioneller und rechtsstaatlicher Formulierungen in der Geschichte Deutschlands ergibt eine gemeinsame Verfassungstradition im gerichtsexternen Bereich: Die Errichtung eines Gerichts bedarf eines Gesetzes. Die gegen Kommissare der monarchischen Exekutive herausgebildete gemeinsame gerichtsexterne Schutzrichtung soll die Einflußnahme auf das Prozeßergebnis durch Einsetzung bestimmter Richter verhindern. Übereinstimmende historische Grundlage der Forderungen nach dem gesetzlichen Richter ist die Orientierung der Justizhoheit (*justice retenue*) am Recht (*droit*), der Vorrang des Rechts (*common law*) vor der Prerogative (*royal prerogative*) und die Verpflichtung der Justizhoheit deutscher Monarchen auf das Recht: Ohne diese Unterscheidung zwischen Recht und Justizhoheit (*droit et justice retenue; common law and royal prerogative*) ist der Gegensatz zwischen ordentlichem Gericht und Ausnahmegericht nicht denkbar.

b. *Funktionsähnlichkeit zwischen den kontinentaleuropäischen Garantien und der englischen Formulierungslücke.* Die Unterschiede der französischen, deutschen und englischen Entwicklungen stehen der Annahme einer gemeinsamen Schutzrichtung nicht entgegen. Der Vergleich anhand der Schutzrichtungen ermöglicht auch die Erkenntnis einer Funktionsähnlichkeit zwischen den kontinentaleuropäischen Formulierungen der Garantie des gesetzlichen Richters und der englischen Formulierungslücke. Neben dem Verbot der Kommissionen und Ausnahmegerichte in der Bill of Rights 1689²²⁶ finden sich jedoch keine Formulierungen einer positiven Garantie des gesetzlichen Richters. Weder das dargestellte englische Gewohnheitsrecht (*common law*) noch die Parlamentsgesetze (*acts of Parliament*) enthalten eine Verfassungsgarantie des gesetzlichen Richters. Die *common law*-Regelbindung des als *pars pro toto* für das ganze Gericht entscheidenden Richters macht die Formulierung einer Garantie des gesetzlichen Richters überflüssig²²⁷. Aus der Perspektive des Vergleichs anhand der Schutzrichtungen erscheint die Regelbindung des *common law* mangels Spruchkörpergliederung englischer Rechtsprechungsgorgane

²²⁵ Vgl. oben Fn. 155.

²²⁶ Vgl. oben Fn. 103.

²²⁷ A. V. DICEY, Introduction to the Study of the Law of Constitution, Reprint 8th edition, 1982, p. 202 f.

funktionsäquivalent mit dem kontinentaleuropäischen Gesetzesvorbehalt für die Zuständigkeit einzelner Spruchkörper. Die Schutzrichtung der *rule of law* und des Prinzips der *sovereignty of Parliament* stimmt mit der Schutzrichtung der kontinentaleuropäischen Formulierungen darin überein, daß sie monarchische Prerogative an der eigenmächtigen Schaffung außerordentlicher Gerichte (*prerogative courts*) hindert und für die Errichtung eines neuen Gerichts ein Parlamentsgesetz (*statute*) erfordert.

c. *Grenzen der gemeinsamen europäischen Verfassungsstradition durch ihren nicht-rechtsstaatlichen Ursprung.* Nicht die Gewaltenteilung, sondern die Unterscheidung zwischen Recht und Justizhoheit ist Grundlage des europäischen Konsenses gegen Ausnahmegerichte. Damit kann nicht mit Hinweis auf das Gewaltenteilungserfordernis die Garantie des gesetzlichen Richters auf den gerichtlichen Bereich der Geschäftsverteilung und der Spruchkörperbesetzung ausgedehnt werden. Hier bleibt es bei den nationalen Unterschieden. Die deutsche Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wird im gerichtlichen Bereich extensiv ausgelegt, der Spruchkörper und der für die jeweilige Streitsache zur Entscheidung oder zur Mitwirkung an der Entscheidung berufene Richter ist abstrakt generell im voraus zu bestimmen. Die Überziehung des Schutzbereiches bei der Besetzung überbesetzter Spruchkörper durch das Bundesverfassungsgericht, indem «die einzelne Sache blindlings aufgrund allgemeiner, vorab festgelegter Merkmale an den entscheidenden Richter gelangt»²²⁸, ist mit Blick auf den hier gezeigten nicht-rechtsstaatlichen Ursprung der Garantie des gesetzlichen Richters korrekturbedürftig. Nicht jeder, sondern nur ein willkürlicher Verstoß gegen das Vorausbestimmungserfordernis der Geschäftsverteilung und Spruchkörperbesetzung sollte die Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter begründen²²⁹. Auch die französische Verfassungsgarantie kennt diese Willkürgrenze für die Vorausbestimmung sowohl des erkennenden Gerichts als auch der mitwirkenden Richter. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gerichtliche Organisation lassen im Rahmen der gerichtlichen Organisationshoheit für den reibungslosen gerichtlichen Geschäftsgang Ermessensspielräume zu, die auf die Willkürgrenze überprüfbar bleiben (*Art. 213-8, Art. R. 311-23, Art. R 311-27, Art. 761-16, Art. 761-24 Code de l'Organisation Judiciaire*). In der englischen Gerichtsorganisation fehlen ständige Spruchkörper. Weder die Besetzungen der Richtergremien (*benches*) noch die Geschäftsverteilung (*allocation of cases*) sind abstrakt generell geregelt. Die Frage nach einem bestimmten zur Entscheidung berufenen Richter wird nicht gestellt, da jeder Richter *pars pro toto* für das ganze Gericht entscheidet. Die gerichtlichen Ermes-

²²⁸ Plenarbeschuß vom 8.4.1997, BVerfGE 95, 322, 329, Nr. C I 3. a.E. Die historischen Ausblicke in den Gründen (Nr. C II 1, S. 333 f.) reichen nur bis 1877 zurück. Vgl. auch den Beschuß des Bundesgerichtshofs vom 29.9.1999, NJW 2000, 3692 ff.

²²⁹ Vgl. dazu SEIF [Fn 2], S. 310 ff., 324 ff.; dies., Historische Bemerkungen zur Rolle des Richters in Deutschland und England, in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak, 2004, 536, 555. A.A. T. Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 192 ff.; ders., Bespr. BGH Beschuß vom 29.9.1999, NJW 2000, 3692 ff.

sensspielräume korrelieren mit der besonderen Vertrauensstellung der englischen Richter.

Auch der in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zum Ausdruck kommende europäische Konsens zur Schutzfunktion eines durch Gesetz im voraus errichteten Gerichts beruht nicht auf dem Gewaltenteilungsprinzip, sondern schließt an der hier erarbeiteten gemeinsamen Grundlage in der Orientierung der Justizhoheit am Recht an²³⁰. Dementsprechend gehört der gerichtsinterne Bereich auch nicht zum Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK²³¹.

VII. SCHLUß

Der historische Vergleich anhand der Schutzrichtungen ergibt eine gemeinsame europäische Verfassungstradition der Garantie des gesetzlichen Richters. Die Regelbindung des *common law* bzw der kontinentaleuropäische gerichtsverfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt schützen gegen die Beeinflussung des Prozeßausgangs durch ad hoc-Einsetzung bestimmter Richter. Die verfahrensrechtliche Korrektheit korreliert mit der inhaltlichen Richtigkeit der Entscheidung, und darin klingt wieder die kanonistische Komplementarität verfahrensrechtlicher (*iustitia ex ordine*) und inhaltlicher (*iustitia ex animo*) Gerechtigkeit an.

Auftakt zum vorliegenden Beitrag war der 10. Gesang des Purgatorio der *Divina Commedia*²³². Der Abschluß mit Dantes Monarchia schlägt den weiten Bogen einer gemeinsamen Gerechtigkeitsvorstellung, die Recht und Justizhoheit unterscheidet und so die Garantie des gesetzlichen Richters weit vor rechtsstaatlichen Gewaltenteilungskonzeptionen formt. In seiner Ansprache zur Eröffnung der ersten Sitzung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften am 10.12.1952 zitiert der erste Präsident Massimo Pilotti aus Dantes Monarchia: «Et ubicunque potest esse litigium, ibi debet esse iudicium»²³³.

ULRIKE SEIF

²³⁰ EGMR 8.7.1986 (Lithgow u.a. v. Großbritannien) 102-A, 13; Eccles/McPhillips/McShane v. Irland vom 9.12.1988, DR 59, 212; EGMR 23.10.1991 (Muyldermans v. Belgien) 214-A, at 14.

²³¹ EKMR Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde (8692/79) *Piersack./Belgien* vom 15.7.1980, DR 20, 209, 225 a.E.

²³² Vgl. oben Fn 1.

²³³ Liber I, X, 1, Studienausgabe Reclam, S. 85.

Les débuts de la codification. Trois grands foyers: Europe centrale, atlantique et transatlantique (1750-1804)

Le lieu où prend place ce congrès ne saurait être plus évocateur. Nous sommes venus à Paris depuis les diverses extrémités du monde pour commémorer le bicentenaire du *code civil* précisément dans le lieu même où il fut conçu. C'est près d'ici que l'infatigable Cambacérès a travaillé sur ses trois projets successifs et que, sous la présidence de Tronchet, quatre éminents juristes ont donné sa forme finale au texte actuel.

Mais cet événement n'a été qu'un chapitre au sein du mouvement codificateur. Preuve en est que cette année, nous commémorons également le bicentenaire du code pénal d'Autriche, promulgué en 1803, à peine quelques mois avant le code civil français. Cette circonstance nous offre une excellente occasion pour tenter une vision d'ensemble, c'est-à-dire pour un examen des environnements spatiaux, temporels et spirituels de la codification.

Dans les étroites limites qui nous sont offertes pour cet exposé, nous nous arrêterons sur ses points et ses figures centrales.

L'ÉTAT DE LA MATIÈRE

La bibliographie semble osciller entre deux extrêmes. D'un côté, on étudie le mouvement codificateur par pays, c'est-à-dire dans un cadre national ou, au

plus, par secteurs juridiques, comme le droit privé¹ ou le droit pénal², alors que, de l'autre côté, on la regarde à la manière de von Ihering³ comme une étape dans l'histoire universelle du droit⁴.

Il ne faut pas se leurrer. Sa portée est plus vaste que l'échelle des pays, mais plus limitée que celle du monde. Pour commencer, la plus grande partie de la planète a vécu et vit en marge de la codification, les uns parce qu'ils n'ont pas besoin d'elle pour être des pays modernes, comme le sont ceux de *common law*, et les autres parce qu'ils connaissent à peine le droit écrit, comme c'est le cas pour de nombreux peuples asiatiques et africains et que, par conséquent, les seuls codes qu'ils connaissent sont importés ou imités d'Europe⁵.

La raison en est très simple. Les Lumières ont provoqué une véritable mutation dans la notion de code. Depuis l'époque romaine jusqu'à celle du baroque, on entendait par ce terme un livre de droit destiné à fixer celui-ci en vue de renforcer son caractère existant et de faciliter le travail du juge⁶. Les

¹ HARRASOWSKY, Philipp Ritter Harras von, *Geschichte der Kodifikation des österreichischen Zivilrechts*, Vienne, 1868; BRAUNEDER, Wilhelm, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811* in *Gutemberg-Jahrbuch* 62, Mainz, 1987; VAN KAN, Jean, *Les efforts de codification en France avant la rédaction du Code Civil*, Paris, 1910; EWALD, Françoise, *Naissance du Code civil*, Paris, 1989; HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977; GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio, «Notas para el estudio del proceso de codificación en México (1821-1928)» in *Libro del cincuentenario del código civil*, México, 1978; BRAVO LIRA, Bernardino, «La codificación en Chile (1811-1907), dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana» in *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* 11, Valparaíso, 1986.

² SALMONOWICZ, Stanislaw, *Prawo karne öwieconego absolutyzmu. Zdziejów europejskich kodyfikacji karnych prze omu XVIII/XIX w* (Le droit pénal de l'absolutisme des Lumières. Histoire des codifications pénales dans l'Europe du XVIII^e siècle), Torun, 1966; Le même, «La codification pénale des Lumières. Programme et réalisations» in *Law in History* 1, Lublin, 2000; RIVACOBBA, Manuel et ZAFFARONI, Raúl, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980; BRAVO LIRA, Bernardino, «Dos vertientes de la codificación. En torno al bicentenario de los códigos penal de Austria (1803) y civil de Francia (1804)» in SANZ, Carlos Raúl *et al.*, *La codificación, raíces y perspectivas*, 2 vol. (à ce jour), Buenos Aires, 2004; Le même, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península Ibérica, (1827-1917) Derecho nacional y europeización» in LEVAGGI, Abelardo (éd.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, désormais in le même et MÁRQUEZ DE LA PLATA, Sergio (éd.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, vol. I, Santiago, 1998; Pour un panorama exhaustif: GUZMÁN, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago, 2000.

³ VON IHERING, Rudolf, *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1852-1865, plusieurs éditions postérieures.

⁴ WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952, 1967; trad. en espagnol, Madrid, 1957; COING, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 6 vol., Munich, 1973; CRUZ, Guillherme, BRAGA de, «A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro» in *Revista de la Faculdade de Direito de Sao Paulo*, 50, Sao Paulo, 1955; ARNAUD, André-Jean, *Origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969.

⁵ CHOI, Chongko, «The development of East Asian Law, until the End of 18th Century: in search of Asian common law» in *Law and History* 1, Lublin 2000.

⁶ VANDERLINDEN, Jacques, *Le concept de code en Europe occidentale du XII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles, 1967; GUZMÁN BRITO, Alejandro, «Codex» in D'ORS, Álvaro, *Estudios de dere-*

Lumières ont porté le droit écrit aux nues et ont prescrit que les codes, par dessus toute autre chose, fussent élaborés par les juristes ou institués par les coutumes⁷. Ce faisant, on ne pouvait que réduire le rôle du juge, selon l'expression de Montesquieu, à être «la bouche qui prononce les paroles de la loi»⁸.

Il faut se rendre à l'évidence: ce phénomène ne s'est réalisé qu'en Europe continentale et en Iberoamérique. La codification et le droit codifié sont une exception dans l'histoire. Comme telle, ses contours sont parfaitement précis. Du point de vue de l'espace, elle se réduit à l'Europe continentale et à l'Amérique hispanique. Dans le temps, elle dure deux siècles, ceux des Lumières, depuis le milieu du XVIII^e siècle jusqu'à la moitié du XX^e. Par la suite, il se produit ce que Morin a dénoncé comme une «révolte des faits contre le code», que nous appelons décodification⁹.

ESSOR, APOGÉE ET AGONIE DE LA CODIFICATION

Les deux codes dont nous célébrons le bicentenaire s'inscrivent dans ce cadre. Ils constituent un événement marquant qui sépare trois étapes dans l'histoire de la codification que l'on peut décomposer en trois temps, comme l'a fait Wieacker il y a près d'un demi-siècle: le surgissement, la floraison et la crise¹⁰. Ces étapes coïncident avec l'essor, l'apogée et l'agonie des Lumières¹¹.

cho romano en honor de ..., Pamplone, 1987; Le même, *La fijación del derecho, contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977, p. 47; WOLF, Armin, *Gesetzgebung in Europa 1100-1500*, Munich, 1996.

⁷ VIOIRA, M., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazioni*, Turin, 1947; Wieacker, note 4; GUZMÁN BRITO, *La fijación...*, note 6; GAUDEMET, Jean, «La codification, ses formes et ses fins» in 18^e Congrès de l'IDEF, *La codification et l'évolution du droit*, Louisiane, 1995; Caroni, Pío, *Lecciones castellanas sobre historia de la codificación*, Madrid, 1996, avec bibliographie.

⁸ MONTESQUIEU, Charles Secondat, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748; HÜBNER, Heinz, *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrecht*, Königstein, 1980.

⁹ IRTI, Natalino, «L'età della decodificazione» in *Diritto e Società* (1978), désormais in du même, *L'età della decodificazione*, Milan, 1979, trad. en espagnol Barcelone, 1992; GUZMÁN, Alejandro, «Codificación, descodificación y remodificación» in *Revista de derecho y jurisprudencia* 90, Santiago, 1993; BRAVO LIRA, Bernardino, «Tras la huella del *ius commune*, la codificación y descodificación en el nuevo mundo» in *Revista de estudios histórico-jurídicos* 19, Valparaíso, 1998.

¹⁰ WIEACKER, Franz, «Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee» in *Festschrift Böhmer*, Bonn, 1954.

¹¹ Sur les Lumières en général: CASSIRER, Ernst, *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen, 1932, trad. en espagnol, Madrid, 1943; HAZARD, Paul, *La crise de la conscience européenne 1680-1715*, Paris, 1932, trad. en espagnol (Julián Marías), Madrid, 1946; Le même, *La pensée européenne au XVIII^e siècle*, Paris, 1963, trad. en espagnol, Madrid, 1966; Koselleck, Reinhart, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerliche Welt*, Munich, 1959, trad. en espagnol Madrid, 1964; BRAVO LIRA, Bernardino, «El racionalismo moderno» in García Huidobro et al., *Reflexiones sobre el socialismo liberal*, Santiago, 1988.

Ce cycle n'est pas seulement valable pour l'Europe, puisqu'il inclut également deux droits européens –espagnol et portugais– dont la codification s'est effectuée parallèlement des deux côtés de l'Atlantique¹². Sur ce dernier point, il vaut la peine d'ajouter que les textes les plus aboutis proviennent du Nouveau Monde: le code pénal du Brésil¹³ et le code civil du Chili¹⁴.

Chronologiquement, la première étape correspond au demi-siècle antérieur aux grands modèles (1750-1804); la seconde couvre tout le XIX^e siècle (1804-1917) et coïncide avec son rayonnement mondial qui culmine par l'adoption des codes civils d'Allemagne, de Suisse et du Brésil, ainsi qu'avec le *codex iuris canonici*. A partir d'alors commence la troisième phase (dès 1917) qui est celle du reflux de l'esprit des Lumières et du droit national codifié avec, en contrepartie, l'éclosion d'une décodification.

Ces pages sont dédiées avant tout à la première étape. Dans les limites qui nous sont imposées, nous nous concentrerons sur trois grands foyers du mouvement codificateur, sur quelques uns de ses caractères les plus éminents, ainsi que sur l'esprit qui l'anime. Les omissions sont naturellement inévitables. Parmi tant d'autres, on mentionnera seulement, à titre d'exemples, certains juristes et quelques tendances.

Ces foyers ou régions sont l'Europe centrale, y compris la Bavière, berceau de la codification, la Prusse et l'Autriche, qui en sont les principaux centres, ainsi que la Toscane. Dans les autres Etats italiens, des réformes furent menées, dont certaines ont été largement célébrées, comme l'obligation de motiver les sentences à Naples, mais celles-ci ne constituaient pas encore des codifications. Ensuite, on trouve le monde hispanique, qui étendu des deux côtés de l'Atlantique, de l'Espagne et du Portugal jusqu'en Iberoamérique et aux Philippines, l'on peut regarder comme une sorte d'Europe transatlantique. Finalement –sans que son importance soit moindre– on trouve la zone française d'où proviennent les *cinq codes* qui ont atteint une immense diffusion au XIX^e siècle.

I. EUROPE CENTRALE, CODES DE DROIT TERRITORIAL

L'Europe centrale est dominée par des monarchies multiples, composées de royaumes et de territoires distincts mais unis de manière permanente sous une même maison régnante. Dans cette région, le mouvement codificateur est lié à l'objectif de transformer cette unité politique en une unité juridique. Les grands obstacles qui s'opposaient à l'implantation d'un droit territorial unique étaient, d'une part, le *ius commune* cultivé dans les universités et dont

¹² BRAVO LIRA, Bernardino, «Beziehungen zwischen den europäischen und iberio-amerikanischen Kodifikationen» in ZSR, 103, Germ. Vienne-Cologne-Graz, 1986; Le même, «Eine Kodifikation auf beide Seiten des Atlantiks. Iberoamerika und die Iberische Halbinsel, zwischen schaffen eigene Gesetzbücher und Übernahme Europäischen» in *Law in History* 1, Lublin, 2000.

¹³ RIVACOBIA et ZAFFARONI, note 2; BRAVO LIRA, «Dos vertientes...», note 2; IÑESTA, Emilia, «La proyección hispánica del Código penal español de 1848» in XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, *Estudios*, 2, San Juan, 2003.

¹⁴ BRAVO LIRA, note 2; GUZMÁN, note 2.

l'influence universelle dépassait le territoire et, d'autre part, les particularismes découlant de la multitude de droits propres de chaque territoire, ville, région, pays, qui étaient défendus par les ordres sociaux et leurs assemblées¹⁵.

C'est ainsi qu'on explique la répercussion en chaîne en Bavière et en Autriche du projet prussien de 1749 de former un *corpus iuris fredericiani*. Il s'agissait de former «un droit territorial fondé sur la raison et les droits du pays et sur le droit romain dans son ordre naturel et systématique, selon les trois objets du droit»¹⁶. On relève là l'influence du français Domat (1625-1692) qui est également à l'origine de la codification française au travers de son plaidoyer vieux de plus d'un demi-siècle en faveur de l'ordre naturel et systématique des lois¹⁷.

I. La Bavière, Berceau de la codification

Le premier à se lancer dans cette entreprise fut Kreittmayr (1705-1790) en Bavière¹⁸. En cinq ans, il rédigea trois codes: un code pénal, un code de procédure civile et un code civil. Ces textes sont relativement brefs. Par contre, les notes qu'il publia pour leur enseignement remplissaient plusieurs volumes et contenaient un matériel extrêmement riche permettant d'en connaître les fondements¹⁹.

Ce qu'ils ne disent pas –ce qui a déconcerté les lettrés–, ce sont les raisons pour lesquelles ces codes reconnaissent la validité tant des droits particuliers que du *ius commune*. L'explication, propre à ces moments initiaux de la codification, semble résider dans le fait que l'électeur de Bavière n'avait pas l'autorité pour modifier le droit en vigueur par lui-même, sans le consentement des ordres sociaux. Face à cette situation, son chancelier semble avoir choisi de

¹⁵ WIEACKER, note 4; Conrad, Hermann, «Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preussen und Oesterreichs am Ende des 18. Jahrhunderts» in *Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, cahier 25, Cologne et Opladen, 1961; Coing, note 7.

¹⁶ *Projekt des Corporis fridericiani, d.h.S. M. in der Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Landrecht, worin das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges System nach dreien obiectis iuris gebracht*, Halle, 1749-1751; WIEACKER, note 4; CONRAD, note 14; GUZMÁN, note 6.

¹⁷ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1684-1694; COING, Helmut, *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia*, México, 1959; CAPELLINI, Paolo, *Sistema iuris*, 2 vol., Milan, 1984-1985; GUZMÁN, note 6.

¹⁸ RALL, Hans, «Kreittmayr. Persönlichkeit, Werk und Fortwirkung» in *Zeitschrift f. bayerische Landgeschichte*, 42, Munich, 1979; BAUER, Richard et SCHLOSSER, Hans (éd.), *Festschrift zum 200. Todestag Freiherr von Kreittmayr*, Munich, 1991; *Codex Iuris Criminalis Bavarici*, 1751.

¹⁹ KREITTMAYR, Wigulæus, *Compendium Codices bavaricis civilis, judicialis, criminalis et Annotationum*, Munich, 1768; il existe des éditions en allemand de 1768 et 1844, réimprimé avec une introduction de Hans Schlosser, 5 vol., Munich, 1990; sur sa signification: GAGNER, Sten, «Die Wissenschaft des gemeinen Recht und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civiles» in COING, HELMUT et WILHELM, Walter (éd.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, avec des contributions de divers auteurs, Francfort, 1974.

donner à la codification l'apparence d'une révision supplémentaire du droit en vigueur bien que, de fait, elle constituait un texte nouveau. Ainsi, par exemple, le titre du *codex maximilianeus bavarici civilis* était complété par la phrase *neverbessert und ergänzst Chur-Bayerisches Landrecht*, soit: droit territorial de l'électorat de Bavière nouvellement corrigé et complété. En tout cas, le décret promulgatoire ne laisse aucun doute. Il déroge à tous les droits, statuts et coutumes anciennes.

Kreittmayr s'arrange d'une manière semblable avec l'Eglise. Il partage les tendances des Lumières de restreindre le pouvoir de l'Eglise sur le territoire. Mais cela ne signifie pas qu'il ignore leur origine divine. Il dit du Pape, par exemple, qu'il est «le dignitaire suprême de la hiérarchie catholique, comme Vicaire du Christ sur la terre et tête visible de l'Eglise»²⁰. Cette attitude est propres aux Lumières catholiques dont la critique et la réforme sont dirigées contre les abus nés de la crédulité et de la discipline, mais non pas contre la Révélation et le sacré²¹.

La Prusse et le code général et commun, *Allgemeine Landrecht*

Le processus de codification en Prusse fut différent. Dès le début, on y travailla à former un code général, pour toutes les branches du droit et pour tous les territoires et populations, qui recouvre toutes sortes de matières, depuis l'ordre politique jusqu'au privé²².

Nous avons déjà évoqué l'objectif fondamental de former «un droit territorial allemand». Les travaux durèrent très longtemps. Ils ne commencèrent à avancer qu'en 1780 lorsqu'on les confia à Carl Gottlieb Suarez (1746-1796) et à Fernand Klein (1744-1810). Tout comme ce fut le cas au Portugal, en Toscane

²⁰ *Compendium*, note 9, 5 19-2; LANDAU, Peter, «Kirchenrecht und Religionverfassung bei Kreittmayr» in Bauer et Schlosser, note 18.

²¹ Sur les Lumières catholiques et nationales: MERKLE, Sebastian, *Die katholische Beurteilung des Aufklaerungszeitalter*, Berlin, 1909; Le même, *Die Kirchliche Aufklaerung in katholischen Deutschland*, Berlin, 1910; MONCADA, Luis Cabral de, *Italia e Portogallo nel settecento*, Rome, 1949, désormais in le même, *Estudios de historia do direito* 3, Coímbra, 1950; GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, «Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española» in *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125, Santiago, 1957; le même, «Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770-1814)» in *Historia* 8, Santiago, 1969, désormais tous les deux in le même, *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*, Valparaíso 1980; WANDRUSZKA, Adam, «Il reformismo cattolico del settecento in Italia ed Austria» in *Storica e politica* 3-4, 1965; le même, «Die katholische Aufklaerung Italiens und ihr Einfluss auf Oesterreich» in KOVACS, Elisabeth (éd.), *Katholische Aufklaerung und Josefinismus*, Munich, 1979; KRAUSS, Werner, *Die Aufklaerung in Spanien, Portugal und Lateinamerika*, Munich, 1973; BRAVO LIRA, Bernardino, «Feijoó y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa» in *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 22, Cologne-Vienne, 1985.

²² WIEACKER, note 4; COING, note 4.

et en Autriche, l'année 1787 fut décisive. C'est alors qu'on donna une publicité européenne au premier projet. Mais la confusion produite par la révolution française en retarda la promulgation. Au vu du fait que le texte introduisait une réglementation nouvelle de l'Etat et de la forme de gouvernement, le roi Frédéric Guillaume II céda à la pression qui visait à ce qu'ils furent soumis à l'approbation des ordres sociaux²³. Une fois les corrections demandées introduites par Suarez, le code fut promulgué en 1794.

En accord avec l'objectif unificateur du code, on y interdit strictement au juge toute fonction créatrice ou scientifique, ce qui eut pour l'effet de freiner à la longue le projet de la science juridique et conduisit à ce que cette dernière méprise le concept de code²⁴.

L'Autriche et les codes communs, *Allgemeine Gesetzbücher*

En Autriche, la codification commence en 1753 et, dès le départ, elle est divisée par branches du droit, comme en Bavière. Elle demanda un demi-siècle de travaux dans le cours desquels on distingue deux phases.

La première phase dure jusqu'en 1770. Durant cette période, on élaborait le *codex thesianus* (1766), d'une dizaine d'années antérieur au *maximilianeus*, mais qui ne fut jamais promulgué, et, deux années plus tard, la *constitutio criminalis thesiana* pour tout l'empire sauf la Hongrie. Comme les codes bava-rois, ces nouveaux textes n'étaient pas destinés à remplacer le *ius commune* ni les *iura propria*²⁵.

La seconde phase s'étend de 1770 à 1811 et culmine avec les grands codes. Elle se caractérise par la reprise du matériel réuni et par la formation des codes comme textes nouveaux, sans tenir compte des droits particuliers, du droit canonique et des coutumes. En conséquence, le juge peut seulement combler ses lacunes au moyen des *Rechtgrundsätze*, principes généraux du droit, qui sont, dans une certaine mesure, assimilables à l'*aequitas constituta*²⁶.

La figure dominante de cette étape est celle de Karl Anton von Martini (1726-1800), dont la renommée et les œuvres dépassèrent le continent européen et atteignirent même l'Amérique latine. Ces *Positiones de iure civilis* (1762) et *Positiones de iure gentium* (1768) ont été utilisées

²³ WOLF, Erik, «Carl Gottlieb Suarez» in *Grosse Rechtsdenker der deutsche Geschichte* (1939), 4e éd. Tübingen, 1963, 447 ss.

²⁴ THIEME, Hans, *Das Naturrecht in der europäische Rechtsgeschichte*, Bâle, 1947; WIEACKER, note 4; HÜBNER, note 8.

²⁵ Pour tous: BRAUNEDER, note 1.

²⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *Codificación y derecho común en Europa e Hispanoamérica. Disociación de los derechos nacionales del derecho común*, RCHHD 15, 1989, désormais in le même et MÁRQUEZ DE LA PLATA, note 12; JACOBY, Sigrid, *Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Berlin, 1997.

comme textes de référence même après 1840 dans les universités des deux mondes²⁷.

Né à Bolzano (Tyrol), il a étudié le droit à Innsbruck et à Vienne où il obtint la chaire de droit romain et de droit naturel. Parmi ses maîtres, le professeur de droit naturel Paul Joseph Riegger (1700-1775), adepte de la scolastique espagnole et du canoniste Zeger Bernhard van Espen (1648-1728), et son disciple, le double codificateur Franz Zeiller (1751-1828), von Martini est au centre de la codification autrichienne²⁸. Ses propres disciples furent également des codificateurs, comme Bernhard von Orten (1735-1780), qui réduisit de moitié le texte volumineux de la *Theresiana*, et Froidevo, auteur du *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1781, premier fruit de la codification autrichienne. Peu après, en 1785, on adopta un autre code pour la Hongrie, la *Josephina* (1787) pour le droit pénal et le code de procédure pénale de 1789²⁹.

Précepteur de l'architecte Pierre Léopold, par la suite Grand Duc de Toscane et Empereur, Martini contribua en plus indirectement à la *Réforme de la législation pénale* de Toscane, connue sous le nom de *Leopoldina* (1787)³⁰ et directement à la réalisation de la codification en Autriche. Mis à la tête de la commission impériale par Léopold en 1790, Martini réduisit le projet de Horten de 2891 à 1569 articles, utilisa le ALR prussien et donna une forme définitive au code civil promulgué en 1797 pour la Galicie occidentale. Ce code est le premier du genre moderne, en langue vulgaire et avec une distribution des matières distincte du code bavarois, qui sera celle des codes postérieurs³¹.

De par sa position comme juriste et conseiller impérial, il intervint dans les grandes réformes de l'époque. Il partageait les tendances favorables aux régales qui prédominaient alors dans le monde catholique. Mais son attitude était modérée par rapport à la Révélation et à l'Église comme institution divine. Partisan sincère des Lumières catholiques, il ne craint pas de s'opposer d'un côté aux positions radicales de l'abbé Rautenbrauch et de l'autre à la fermeté

²⁷ HEBEIS, Michael, *Karl Anton von Martini 1726-1800, Leben und Werk*, Francfort, 1996; GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, «Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española» in *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125, Santiago, 1957; le même, «Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770-1814)» in *Historia* 8, Santiago, 1969; désormais les deux in le même, *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*, Valparaiso, 1980.

²⁸ Sur von Martini: Zwiedineck-Südenhorst, *Allgemeine deutsche Biographie*, vol. 20, Leipzig, 1884; KLEIN-BRUCKSCHWAIGER, Franz, «Karl Anton von Martini in der Zeit des späten Naturrechts» in *Festschrift Karl Haff*, Innsbruck, 1950; Hebeis, note 27.

²⁹ BRAUNEDER, note 1.

³⁰ *Riforma della legislazione criminale toscana di 30 novembre de 1786*; PIANO MORTARI, Vincenzo, «Tentativi di codificazioni nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII» in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, Milan, 1952-53, désormais in le même, *Itinera iuris*, Naples, 1991; le même, «Il movimento per la codificazione in Italia» in *Enciclopedia del diritto*, 7, désormais in *ibid.* SALMONOWICZ, note 12; BERLINGUER, Luigi (éd.), *La Leopoldina. Criminalità e iustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, Milan, 1789 ss.; WANDRUSZKA, Adam, *Leopold II*, 2 vol. Vienne, 1965.

³¹ Ce qu'ont souligné: BRAUNEDER, Wilhelm, «Europas erste Privatkodifikation: Das galizische bürgerliches Gesetzbuch» in BARTA, HEINZ, PALME, RUDOLF, INGENHAEFF, WOLFGANG (éd.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, Vienne, 1999.

de l'évêque de Vienne, son ancien condisciple d'Innsbruck, le cardinal comte Migazi (1714-1803). Sous Joseph II, il manifesta des réserves face à des questions telles que la tolérance, le mariage civil ou la réforme des couvents. Dans ses œuvres et ses actes, il soutint que tant l'existence de l'Etat que celle de l'Eglise étaient souhaitées par le Créateur, que la religion n'était pas la finalité ultime de l'Etat, et que la religion naturelle et la religion révélée se différenciaient par leur fondement dans la raison ou dans la Révélation, ce qui exclut toute contradiction entre l'une et l'autre³².

Après sa mort, Zeiller compléta son œuvre en achevant la codification pénale en 1804 et la codification civile en 1811³³. Le décret de promulgation est catégorique: par son caractère complet, ce code entraîne l'abolition de «ce qui a été tenu jusqu'à présent comme le droit commun»³⁴. Pour combler ses lacunes, seul est possible le recours aux *allgemeine natürliche Rechtsgrundsätze*, les principes de droit naturels et fondamentaux³⁵.

Zeiller a affirmé que «le droit n'est pas le fait des hommes et les gouvernants ne sont pas ses créateurs. Tous les droits dérivent originellement de la raison...». En conséquence, le législateur «doit privilégier le respect de la dignité, de l'honneur, de l'équité, des bonnes mœurs et de la religion»³⁶.

II. LE MONDE HISPANIQUE OU L'EUROPE TRANSATLANTIQUE, CODES MULTIPLES DE DROIT NATIONAL.

La codification a été réalisée dans le monde hispanique sous des contraintes différentes de celles de l'Europe centrale. Ceci s'explique avant tout par le fait qu'il s'agissait là d'une vingtaine de pays distincts et distants entre eux, dépourvus de la contiguïté géographique de ceux-ci. Par contre, tous partageaient un même droit, avec quelques variantes entre celui de Castille et celui du Portugal, ce qui se reflète jusque dans le fait qu'il compte avec un corps de droit national, les «*Siete Partidas*» que l'on appelait souvent code et qui a été proposé comme base de la codification. En 1784 déjà, Vizcaíno Pérez avait essayé de les ranger dans un ordre naturel, à la manière de Domat³⁷.

³² HEBEIS, note 27.

³³ SWOBODA, Ernst, «Franz von Zeiller» in *Franz von Zeiller, Festschrift*, Graz, Vienne, Leipzig, 1931; SELB et HOFMEISTER, note 37; SELB, Walter et HOFMEISTER, Herbert (éds.), *Franz von Zeiller Forschungsband*, Vienne-Graz-Cologne, 1980; WESENER, Gunter, «Franz von Zeiller (1751-1828). Leben und Werk» in DESPUT, Joseph F. et KOCHER, Gernot, *Franz von Zeiller*, Graz 2004; KOCHER, Gernot, «Franz von Zeiller und die österreichische Strafgesetzgebung», *ibid.*

³⁴ OGRIS, Werner, «Die Wissenschaft der gemeinen Recht und das österreichische Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch» in COING, Helmut et WILHELM, Walter, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Francfort, 1974; BRAUNEDER, note 1, 226.

³⁵ Voir note 26.

³⁶ ZEILLER, Franz von, «Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung» in *Jährlichen Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den öst. Erbstaaten I*, Vienne, 1806, 92.

³⁷ ALFONSE LE SAGE, *Siete Partidas*; VIZCAÍNO PÉREZ, Vicente, *Compendio de derecho público y común de España o de las leyes de las siete partidas colocadas en orden natural*, 4 vol.,

Toutefois, la codification de ce droit unitaire peut être qualifiée d'invertébrée, vu que chaque pays l'a réalisée séparément, de sorte qu'il n'y eut pas de centre unique, comme Vienne ou Berlin, et encore moins une intention unificatrice. Il découle de cela qu'en lieu d'un code, ce sont près d'une centaine qui seront promulgués, c'est-à-dire cinq dans chaque pays, si l'on considère chacune des branches du droit³⁸.

Contrairement à ce que cette multiplicité pourrait laisser espérer, la codification n'a pas conduit à une fracture de la communauté juridique hispanique. Au lieu de se faire ressentir, cette multiplicité s'est imposée sans contrepoids, ainsi que cela saute aux yeux si l'on compare les textes divers, très semblables entre eux, ainsi que la littérature et la pratique juridique³⁹. Plus parlant encore est le fait que certains pays ont adopté des codes élaborés pour d'autres, au point qu'apparurent ce que l'on a appelé des *familles de codes*, qui dérivèrent d'un même modèle. Parmi celles-ci, il convient de signaler celles qui se rattachent en matière commerciale aux codes espagnols de 1829 ou au code chilien de 1865; en matière pénale, au code brésilien de 1830; et en matière civile, au projet espagnol de 1851 et au code chilien de 1855⁴⁰.

En tout cas, la codification de la région hispanique est postérieure à celle de l'Europe centrale. Les compilations à la manière traditionnelle se poursuivent en Espagne et en Amérique jusqu'au milieu du XIX^e⁴¹. Le premier code à proprement parler fut le code espagnol de 1822, postérieur d'une décennie à l'ABGB, et le dernier concluant cette série fut le code civil brésilien de 1916, presque un siècle plus tard.

Cependant, un ambitieux projet codificateur avait été mis en marche au Portugal en 1778 déjà. Il avait pour objectif de remplacer les anciennes *Ordenações Philipinas*, une compilation, par un *Novo código*. Une partie de celui-ci devint le projet de code pénal de 1786, qui précéda la *Leopoldina* de quatre jours seulement et fut le premier d'Europe⁴². Le premier code d'Amérique,

Madrid, 1784; BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989; TAU ANZOATEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992.

³⁸ BRAVO LIRA, note 12.

³⁹ STEGER, Hans-Albert, «Die Bedeutung des römischen Rechtes für die Lateinamerikanischen Universität im 19. und 20. Jahrhundert» in CATALANO, Pierangelo (éd.), *Diritto Romano e Università nell'America Latina*, Sassari, 1973; BRAVO LIRA, Bernardino, «Cultura de abogados en Hispanoamérica, antes y después de la codificación (1750-1920)» in *Roma e America. Diritto romano comune* 12, Modène, 2001.

⁴⁰ BRAVO LIRA, note 12.

⁴¹ BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989, traite des recompilations du XIX^e siècle; Le même, «Pervivencia del derecho común en Hispanoamérica» in *Historia* 19, Santiago, 1984.

⁴² MELLO FREIRE, Pascoal José, *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*, Lisboa, 1823. Je dois l'exemplaire de cette oeuvre au prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, de l'Université Catholique de La Plata; BRAVO LIRA, Bernardino, «Melo Freire y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa» in *Revista de Derecho* 8, Valparaíso, 8, 1984; HESPANHA, António, «Le Project de Code pénal portugais de 1786. Un essai d'analyse structurelle» in Berlinguer, note 43, 11, Milan, 1990.

postérieur de quelques mois à l'ABGB, fut un autre code pénal qui date de 1812, œuvre du péruvien Manuel Lorenzo Vidaurre (1773-1841)⁴³.

Au delà des différences et des contrastes avec l'Europe centrale, il est également possible de distinguer dans le monde hispanique trois phases distinctes dans le processus de codification. Ces phases correspondent à autant de générations successives, mais leurs figures dominantes ne sont pas reliées entre elles, comme en Autriche, par une relation de maître et disciple qui réfléchissent dans une même université et dans la capitale de la monarchie. Ceci n'était tout simplement pas possible. A la différence des pays du Danube, les hispaniques ne constituent pas un ensemble compact, de sorte que les capitales et les universités, réparties de Madrid à Manille, étaient nombreuses et que le contact personnel entre les universitaires était impossible.

Dans une première étape, la critique a prévalu sur les réformes. Il n'y a encore ni code, ni projet. Dans la seconde, par contre, les premiers codes apparaissent alors que les réformes s'intensifient. A partir de 1770, on fonde des chaires de droit naturel dans la péninsule et en Amérique⁴⁴. En 1772, la réforme des universités commence à Coimbra⁴⁵, alors que dans le même temps les livres de droit du type *instituciones* et *prácticas* qui préparent la codification prennent une grande importance⁴⁶.

Il est intéressant de remarquer que c'est dans les mêmes années où Kreittmayr a entrepris la codification en Bavière que quelques pas sont faits en ce sens en Amérique. José Perfecto Salas (1714-1778), procureur de l'audience du Chili, originaire de Corrientes (aujourd'hui en Argentine) et licencié de l'Université de San Marcos de Lima, proposa un code de procédure pénale⁴⁷. Ces instructions, complétées par le procureur suivant, Ambrosio Cerdán y Ponce (1752-1803), constitue le point de départ de la codification dans cette branche. Elles ont été en vigueur jusqu'en 1907, lorsqu'elles furent intégrées dans le code correspondant⁴⁸.

⁴³ VIDAURRE, Manuel Lorenzo, *Proyecto de código penal*, Port-au-Prince, 1822; autre édition: Boston, 1828; autre encore: ARMASA GALDÓS, Julio, Arequipa, 1996; LEGUÍA, Jorge Guillermo, *Manuel Lorenzo Vidaurre*, Lima, 1935; NÚÑEZ, Eduardo, *Lorenzo Vidaurre, ciudadano de América*, Lima, 1942; JOS, Mercedes, «Manuel Lorenzo Vidaurre, reformista peruano» in *Anuario de Estudios Americanos*, 18, Séville, 1961; DOYARÇABAL CASSE, Solange, *Historia del código penal chileno*, thèse (Université Catholique du Chili), Santiago, 1968; RIVACOBRA, Manuel, *El primer proyecto americano de código penal*, Santiago, 1985; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Historia del Derecho Civil Peruano, siglos XIX y XX*, 4 vol. parus, Lima, 2000, 2003, 1,163,196.

⁴⁴ ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio, *La «Ilustración» y la reforma de la Universidad en España*, Madrid, 1971; PESET, Mariano et JOSÉ LUIS, *La universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974.

⁴⁵ MONCADA, Luis Cabral de, «O século XIII na legislação de Pombal» in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 9, Coimbra, 1926; désormais du même, *Estudos*, note 21; ÁLVAREZ DE MORALES, note 44; Peset, note 44.

⁴⁶ BRAVO LIRA, notes 39 et 41.

⁴⁷ DONOSO NOVOA, Ricardo, *Un letrado del siglo XVIII. El doctor José Perfecto Salas*, 2 vol., Buenos Aires, 1963; CORVALAN, Jorge et CASTILLO, Vicente, *Derecho procesal indiano*, Santiago, 1951.

⁴⁸ Au sujet des deux procureurs et de leurs instructions: ESPINOSA QUIROGA, Hernán, *La Academia de Leyes y práctica forense*, Université du Chili, Faculté de Droit, (s.d.) esp. p. 45

L'initiateur de la codification à proprement parler dans les pays hispaniques a été le mexicain Joaquín Velásquez de León (1732-1786)⁴⁹, contemporain de von Martini, Tronchet, Linguet, Figueroa, Mello Freire et Lardizábal. Ses *Ordenanzas de Minería de Nueva España*, promulgués en 1783, constituent un véritable code. Leur application, étendue rapidement aux autres royaumes d'Amérique, paraît annoncer l'adoption de codes identiques par tous ces pays durant le XIX^e siècle. De plus, la préférence pour les coutumes et le droit local face à la législation étrangère, en provenance d'Europe, laisse entrevoir un autre trait caractéristique de la codification hispanique.

La figure la plus importante en la matière est sans doute Mello Freire (1738-1798). Né à Ansiao (Portugal), ayant étudié à Coimbra, où il obtint la chaire de droit local, sa grande oeuvre est son *Projecto de código criminal*, qui couvre le droit pénal et la procédure pénale ainsi qu'on le faisait d'ordinaire en Europe centrale. Il est composé de trois parties: les crimes et peines en général, les preuves et la procédure. Son travail a consisté fondamentalement à réunir les lois pénales en un seul corps et à les actualiser, conformément à la mentalité des Lumières. Il met en évidence ses connaissances extrêmement larges des juristes de l'époque et innove sous plus d'un aspect. Pour lui, la raison d'être de la peine n'est pas tant en la justice, mais en la discipline. Les délits contre la religion sont des attentats contre la religion établie bien plus que contre la religion véritable⁵⁰.

Sa position est clairement manifestée dans l'ensemble de *provas* ou fondements qui accompagnent le *Projecto de Código de Direito Público*. A travers de ceux-ci, on distingue sa prudence face à nombre des innovations des Lumières européennes, qu'il connaît bien mais dont il craint qu'elles ne provoquent un rejet de cette oeuvre. C'est pourquoi il insiste, comme Kreittmayr, sur son attachement au droit local⁵¹. De plus, il se vante de ne pas suivre en tout et de manière aveugle les idées et les élucubrations des plus célèbres juristes et philosophes modernes⁵². Cerqueira-Leite signale «qu'il cherche un compromis entre la tradition catholique portugaise et les points de vue des Lumières, une voie médiane qu'on connaît dans la bibliographie comme les Lumières catholiques et nationales»⁵³.

Comme indiqué, sa grande ambition fut de renforcer le pouvoir royal face à l'Eglise et aux groupes sociaux. Dans la lignée de Böhmer⁵⁴ et de Riegger, il

et ss.; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La Real Audiencia de Santiago de Chile (1605-1817). La Institución y sus hombres*, thèse, Université du Chili, 2000.

⁴⁹ MORENO DE LOS ARCOS, Roberto, «Apuntes biográficos sobre Joaquín Velásquez de León 1732-1786» in *Historia mexicana* 25, México, 1975.

⁵⁰ Voir note 42.

⁵¹ MELLO FREIRE DOS REIS, Paschoal, *O Novo código de Direito Publico de Portugal, com as provas, compilado pelo Desembargador...*, Coimbra, 1844; BRAVO LIRA, note 81, avec bibliographie; ESTES PEREIRA, José, *O pensamento político em Portugal no século XVIII. António Ribeiro dos Santos*, Lisbonne, 1983.

⁵² *Novo Código*, note 51, A 44.

⁵³ CERQUEIRA-LEITE SEELANDER, Airton L., *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*, Francfort s/ M., 2003, 131

⁵⁴ WALL, Heinrich, «Zur kirchengeschichtlichen Werk Justus Hennig Böhmers» in *SZ Germ* 12e, 2003.

soutient que l'Eglise «peut être considérée comme un corps politique en ce qui concerne l'Etat ou comme un corps mystique en ce qui concerne Jésus Christ. Dans le premier sens, elle est partie de la République; dans le second, elle est absolue et séparée de la société et le prince peut uniquement avoir droit à la protection»⁵⁵.

Ses œuvres les plus répandues ont été *Historia iuris civilis Lusitani*, publiée en 1788 et première de ce type au Portugal, ainsi que les *Institutiones iuris civilis Lusitani tum publici com privati*, parues l'année suivante et qui débutèrent ce genre au Portugal. Ainsi que l'indique le titre, il ne s'agit pas seulement, à la différence de livres similaires, de droit privé, mais également de droit public. Par la suite, il imprima des *institutionum iuris criminalis*. Les institutions de droit civil furent sans doute son œuvre la plus vaste et fondamentale. Comme celles de Asso et de Manuel en Espagne et en Amérique espagnole, elles furent utilisées comme texte dans les universités et servirent de modèle aux ouvrages postérieurs. Elles furent éditées à de multiples reprises au Portugal et au Brésil et furent remplacées en 1853 seulement par les *Instituçoes* de Coelho de Rocha⁵⁶.

La troisième phase du mouvement codificateur a une caractéristique distincte. Les deux tendances des Lumières entrent en conflit. Face à la tendance révolutionnaire, opposée à la religion et cosmopolite, une tendance réformatrice s'affirme sous le signe catholique et national. Au cri *liberté-égalité-fraternité* s'oppose l'habituelle *Dieu-roi-patrie*. Attaquées par Napoléon, les monarchies du Danube et d'Espagne firent cause commune⁵⁷. L'affrontement stimule le souci de concilier le révisionnisme critique des Lumières et les croyances et traditions propres. C'est ce que font aux deux extrêmes du monde hispanique Jovellanos (1744-1809) en Espagne et Toribio Rodriguez Mendoza (1750-1825) au Pérou.

L'expérience française conduit Jovellanos à écarter toute constitution écrite, espèce de codification du droit politique. Il en dit de manière lapidaire «qu'elle s'est faite en peu de jours, tenait en peu de pages et a duré peu de mois»⁵⁸. Face à celle-ci, on trouve la constitution royale d'un pays, concrétisée dans ses institutions qui, comme la constitution physique d'un homme, est permanente, même si elle n'est pas immuable. De son côté, Rodriguez Mendoza, le grand réformateur des études à Lima, proposa un plan basé sur trois droits: le droit naturel, le droit civil et le droit canonique qui correspondent à l'homme, à l'Etat et à l'Eglise⁵⁹. Cette attitude restera vivante jusqu'au milieu du XIX^e

⁵⁵ *Novo Código*, note 51, Provas 186-187.

⁵⁶ BRAVO LIRA, note 41.

⁵⁷ Sur les Lumières catholiques et nationalistes, note 31; sur les Lumières areligieuses et cosmopolites: FAY, Bernard, *L'esprit révolutionnaire en France et aux États-Unis à la fin du XVIII^e siècle*, Paris, 1929; GAY, Peter, *Enlightenment: an interpretation. The Rise of modern paganism*, 2 vol., Londres, 1966-1969.

⁵⁸ JOVELLANOS, Gaspar Melchor, «Dictamen sobre la constitución del gobierno interino» 1808 in *Apéndice a la Memoria en defensa de la Junta Central*, désormais chez le même «Obras» in *Biblioteca de Autores españoles* 46, 484; BRAVO LIRA, Bernardino, «El concepto de constitución en Jovellanos» in *RCHHD* 10.

⁵⁹ EGUIGUREN, Luis Antonio, *Diccionario histórico cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus colegios*, Lima, 1940.

siècle chez des hommes tels que le brésilien Teixeira de Freitas (1816-1883), auteur de la *Consolidação das leis civis* de 1857⁶⁰, pour la zone portugaise et, dans la zone espagnole, Andrés Bello (1781-1865), recteur de l'Université du Chili, dont le rôle en Amérique latine a été comparé par l'Allemand Steger avec celui de l'Université Humboldt en Europe, et qui fut l'auteur du *Code civil* chilien de 1855, le plus répandu dans le monde hispanique⁶¹.

III. LA FRANCE OU L'EUROPE ATLANTIQUE, CODES MULTIPLES ET UNIFICATEURS

La France est un cas à part. Dans ce pays, la codification a été réalisée sans long processus préalable. Elle est comparativement tardive. Elle commence quarante ans après celle de la Bavière. En plus, elle est menée à bien dans des circonstances très adverses, à cause de la révolution et de l'instabilité qui s'ensuivit. Elle est l'œuvre de juristes disparus, exilés ou guillotins. Dans ces circonstances, sa base fondamentale ne fut autre que le droit français antérieur à la révolution ainsi que le travail d'une poignée d'éminents juristes, également antérieurs à celle-ci.

Pour cette raison, ses racines sont communes avec celles des deux autres zones d'Europe centrale et hispanique et doivent être recherchées principalement chez Jean Domat (1625-1696), auteur de l'ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel* et chez Samuel Stryk (1640-1710) et son ouvrage *Usus modernus pandectarum*⁶². Comme nous le savons, c'est sous l'influence de Domat qu'un nombre considérable d'auteurs, de Kreittmayr et Cocceji jusqu'à von Martini et Vizcaino Pérez, parlent de mettre les lois dans leur ordre naturel, alors que la marque de Stryk est reconnaissable dans leur souci de la systématique.

La codification a commencé en France dans un but unificateur visant à élaborer, à partir des droits en vigueur, un corps unique de lois pour tout le royaume⁶³. Mais il a dérivé vers la formation d'un code égalitaire pour tout

⁶⁰ MEIRA, Silvio Bastos de, *Teixeira de Freitas, jurisconsulto do imperio*, Rio de Janeiro, 1979; GUZMÁN, Alejandro, «Codificación y consolidación. Una comparación entre el pensamiento de A. Bello y de A. Teixeira de Freitas» in BRAVO LIRA & MÁRQUEZ DE LA PLATA, note 2.

⁶¹ ÁVILA MARTEL, Alamiro, *Andrés Bello, breve ensayo sobre su vida y obras*, Santiago, 1981; STEGER, Hanns-Albert, *Die Universitaeten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld, 1967-1968, trad. en espagnol: Castellana, México, 1974, pp. 284 s.; Le même, «Hochschulplanung in Lateinamerika» in *Zeitschrift fuer Lateinamerika-Wien*, Vienne, 1971; Le même, «Die Bedeutung des roemischen Rechtes fuer die Lateinamerikanische Universitaet im 19. und 20. Jahrhundert» in CATALANO, Pierangelo (éd.), *Diritto romano e Università nell'America Latina*, Université de Sassari, Sassari, 1973; BRAVO LIRA, Bernardino, «Universidad y Modernidad en Hispanoamérica. Autoafirmación de Chile y del Nuevo Mundo frente al Viejo, del Barroco a la Postmodernidad» in *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 108-109, Santiago, 2000; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello, codificador*, 2 vol., Santiago, 1982.

⁶² THIEME, note 24, 23 ss.; BÜRGE, Alfons, «Der Einfluss der Pandektenwissenschaft auf das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Vom Vermögen zum Patrimoine» in SCHULZE, Reiner (éd.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1991.

⁶³ C'est ce qui est demandé dans les cahiers soumis aux Etats Généraux de 1789 et qui figure dans la Constitution de 1791, 1, 3; DUPONT DE NEMOURS, *Tableau comparatif des deman-*

le territoire et pour tous les habitants sans distinction, ce qui impliquait de réduire les Français à un ensemble d'individus égaux et disposant des mêmes droits. On fit abstraction, autant que possible, des diversités existantes entre eux, qu'elles soient de croyances, de langues, de coutumes ou, en général, de conditions personnelles. C'est ainsi qu'on a associé nationalité commune et absence de Dieu; égalité de droits individuels et sécularisation du droit lui-même⁶⁴.

En d'autres termes, la codification a succombé à l'idée d'uniformité qui, selon Montesquieu, est une idée qui «séduit parfois les grands esprits, mais porte infailliblement tort aux petits»⁶⁵. Cette codification prit un tour uniformateur et centralisateur, mais sans toucher à l'extrême. Les rédacteurs optèrent en définitive pour une voie médiane qui leur permit de parvenir à un compromis entre le droit ancien, qui continuait à vivre, et les innovations de la révolution qui étaient en passe de prendre racine. Les circonstances dans lesquelles cette entreprise fut menée à bien ne donnèrent pas autre chose. Faite rapidement, dans un temps minime –moins de vingt ans entre 1791 et 1810– sans travail réfléchi ou profond, il lui fut impossible d'aller au delà d'une unification des droits en vigueur et d'introduire de grands changements comme ce fut le cas en Europe centrale. A la place, elle débita en articles le droit tel qu'il était, sans grand changement. De la sorte et paradoxalement pour ces temps de révolution, on termina par consolider le droit antérieur à partir de la pratique et des auteurs, dictionnaires et commentaires habituels, au lieu de rompre avec lui.

Dans son *Discours préliminaire* au code civil, Portalis parle d'un compromis entre les droits coutumiers et écrits⁶⁶. Mais le grand compromis fut autre, entre le droit français traditionnel et les changements introduits par la révolution. Certains auteurs, comme Sagnac, Ripert et d'autres, vont plus loin et voient dans le code civil une véritable réaction face à la révolution et un retour vers la tradition vivante du droit français historique⁶⁷.

Les ordonnances D'Aguesseau (1668-1751) sur les donations, les testaments et les substitutions furent sous Louis XVI les précurseurs de la codification⁶⁸. Mais il devait s'écouler encore plus d'un demi siècle avant que celle-ci ne commence véritablement. Il ne pouvait en être autrement. En effet, le climat en France était très différent de celui des monarchies réforma-

des contenues dans les cahiers des trois ordres, 1789; VAN KAN, note 1; WILHELM, Walter, «Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich» in *Ius commune* 1, Francfort, 1967.

⁶⁴ HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992; le même, [titre de la conférence] in [Actes du Congrès international sur *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine*], Paris, 2004.

⁶⁵ MONTESQUIEU, Charles Secondat, note 8.

⁶⁶ PORTALIS, Jean-Etienne, *Discours préliminaire sur le Projet de Code civil*, Paris, 1801, trad. en espagnol, Valparaíso, 1978.

⁶⁷ SAGNAC, Philippe, *Législation civile de la révolution française 1789-1804*, Paris 1898; Ripert, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936.

⁶⁸ *Ordonnance sur donations (1731), Ordonnance concernant les testaments (1735), Ordonnance concernant les substitutions (1748)*, in Isambert, *Recueil général* 31, 343 ss. et 386 ss. et 32, 193 ss.; WILHELM, note 63.

trices d'Europe centrale et du monde hispanique. Chez ces derniers, les hommes de Lumière, intégrés au gouvernement, occupaient des positions dominantes. En France, par contre, ils étaient leaders de l'opinion⁶⁹. S'il ne manquait en effet pas d'écrivains à la résonance européenne comme Voltaire (1694-1778)⁷⁰ qui dénonçaient les défauts et les abus du droit, les juristes eux-mêmes se cantonnèrent bien à l'écart des auteurs et des méthodes d'Europe centrale. Aucune chaire de droit naturel ne fut créée. De cette manière, au milieu du siècle, alors que le mouvement codificateur prenait de l'importance, la littérature juridique française consistait principalement en des traités et des institutions⁷¹.

Parmi les premiers, le plus renommé était celui de Pothier (1699-1772), docteur *utriusque iuris* de l'Université d'Orléans et, depuis 1750, professeur de droit français. Si Domat s'était occupé du droit romain, Pothier consacra une œuvre publiée en 1740 et amplifiée en 1760 aux coutumes d'Orléans, dans laquelle il recourait à la méthode romaine des *Institutas* de Justiniano et de Gayo⁷² pour procéder à leur unification. Les livres d'institutions eurent également du succès en France. Le plus célèbre fut celui de Claude Serre, imprimé en 1753. Cet auteur soutenait que, pour combler les lacunes du droit en vigueur, il fallait avoir recours à la coutume de Paris, *caput omnium consuetudinis*, de sorte que c'est seulement si celle-ci ne fournissait pas la réponse qu'on recourait à la *ratio scripta*⁷³.

En somme, comme explique Arnaud, la France «n'était pas préparée pour les constructions rationalistes qui jouissaient d'une grande adhésion en Europe centrale. Les juristes français restaient acquis au plan tripartite des institutions, avec les approximations mentionnées plus haut quant à l'esprit moderne. C'est ce qu'on également fait les codificateurs»⁷⁴. Quant à Portalis, il soutenait la même opinion en 1797 lorsqu'il mettait en garde contre «les dangers de faire un nouveau code civil». A son avis, c'était là une entreprise forte éloignée, une affaire de «deux ou trois siècles»⁷⁵. «Les codes –disait-il– se font avec le temps. Pour parler clairement, on ne peut pas les fabriquer»⁷⁶.

Toutefois, une première tentative en matière commerciale avait été réalisée sous Louis XVI, en 1788. Le conte de Miromesnil (1723-1796) fut chargé de

⁶⁹ MORNET, D., *Les origines intellectuelles de la révolution française*, Paris, 1933; VAN KAN, note 1.

⁷⁰ Par exemple son fameux «brûlez les vôtres» à propos de l'incendie de Londres in VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique, Oeuvres complètes* 18, Paris, 1866, s.v. lois, 432.

⁷¹ WILHELM, note 63

⁷² MONÉGER, Joel, «Pothier, una semblanza» in Alterini *et al.*, *La codificación, raíces y perspectivas*, 1, Buenos Aires, 2003.

⁷³ LUIG, Klaus, «Institutionen Lehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert» in *Ius Commune* 3, Francfort, 1970; SERRES, Claude, *Les institutions de droit français*, Paris, 1753; WILHELM, note 63.

⁷⁴ ARNAUD, note 4.

⁷⁵ HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992, 252 ss.

⁷⁶ *Moniteur* 287, Paris, 5 juillet 1798; cf. MARTÍN, Xavier, «Fundamentos políticos del código de Napoleón» in SANZ, Carlos Raúl, note 2, 1.

formuler un projet visant à refondre en un seul texte les ordonnances de terre et de mer. Mais ce projet n'a pas abouti⁷⁷.

La codification a commencé la même année que la révolution, mais d'une manière peu assurée au vu de l'instabilité qui régnait. Le résultat de ce processus sont les *Cinq codes* promulgués entre 1791 et 1810. La première étape comprenait une constitution et un code pénal édicté en 1791. Aucun des deux n'a duré, pas plus que leurs codificateurs: l'un après l'autre, ils tombèrent sous la guillotine. L'opposition des pénalistes à la peine de mort ne leur a pas été d'une grande utilité. Si Marat (1743-1793) fut assassiné et si Valazé (1751-1794), l'auteur de l'ouvrage *Les lois pénales dans leur ordre naturel*, choisit le suicide, Lacroix (1754-1794) et Brissot (1754-1793), contemporains de Zeiller, furent exécutés. Linguet (1736-1794) subit le même sort, ainsi que le principal rédacteur du code pénal, Michel Le Peletier Saint-Fargeau (1760-1793)⁷⁸.

Ce dernier texte inaugurerait la lutte visant à bannir l'arbitraire judiciaire. Comme Le Peletier lui-même l'avait expliqué, «nos anciennes institutions contenaient des dispositions incohérentes, dénuées d'ensemble, faites à des époques différentes, la plupart du temps selon les circonstances du moment, qui ne furent jamais réunies en un seul corps de loi mais éparpillées dans des compilations volumineuses, tantôt oubliées, tantôt mises en vigueur et dont l'absurdité féroce n'était remédiée que par un autre abus, celui des interprétations et des modifications arbitraires des juges»⁷⁹. Cette animosité trouva sa consécration dans la loi du 30 ventôse de l'an XII qui abrogea, de la manière la plus radicale qui soit, tous les droits antérieurs⁸⁰.

Les codes, de même que les constitutions, se succédèrent alors les uns aux autres à un rythme vertigineux. En 1795, un deuxième code pénal introduisit la distinction entre crime, délit et contravention. Il fut suivi en 1810 d'un troisième code par lequel s'acheva le processus de codification⁸¹.

La tâche la plus ardue fut sans aucun doute celle de réunir dans un seul code les lois civiles. Cette œuvre fut réalisée par des juristes d'exception par leur savoir et leur expérience, dans un délai imparti. Cambacérès (1753-1824), un ex-magistrat contemporain de Zeiller, élaborait un premier projet qu'il présenta en 1793. Il en prépara deux autres par la suite, jusqu'au projet définitif, rédigé en quatre mois par une commission de quatre membres: deux disparus et un exilé⁸². Apparemment, les civilistes eurent plus de chance que les pénalistes. Alors que Tronchet (1726-1806), président de la commission, un homme mûr de la génération de Martini, défenseur de Louis XVI, avait dû disparaître

⁷⁷ LEVY-BRUHL, Henri, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le Project Miromesnil 1778-1789*, Paris, 1932.

⁷⁸ HÜBNER, note 8; BRANDT, Christian, *Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluss auf die Strafgesetzgebung deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhundert, am Beispiel Bayern und Preussen*, Francfort s. M., 2002.

⁷⁹ HÜBNER, note 8.

⁸⁰ WILHELM, note 63.

⁸¹ BRANDT, note 78.

⁸² MARTIN, note 76.

de la scène durant les pires journées de la révolution, et que son collègue Bigot de Praemeneu (1750-1829) avait dû faire de même, le troisième, Portalis (1746-1807) n'eut d'autre choix que de s'exiler. Par bonheur, cette brève histoire finit bien, avec la promulgation du code civil, il y a exactement deux siècles de cela, en mars 1804⁸³.

Il fut suivi en 1807 par un code de commerce peu original, car basé sur les ordonnances commerciales de terre et de mer dans la ligne du projet Miromesnil de 1778⁸⁴.

En général, il ne fut pas possible d'éviter la tension entre les principes et le droit codifié. Il s'avéra plus facile de réunir les lois civiles dictées durant les treize années postérieures à 1791 en un code que de les concilier avec le droit français historique. C'était une chose que de proclamer l'égalité de tous les Français, et une autre que de la réaliser en pratique. Ceux que Sagnac avait appelé le droit philosophique et le droit historique se comportaient comme deux plaques telluriques qui s'entrechoquaient⁸⁵. A chaque pas, on réalisait l'apparition d'anciennes et de nouvelles différences. C'était une chose que de les nier et une autre que d'observer la réalité, comme cela avait été fait en Europe centrale en relation avec les divers groupes sociaux.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas étonnant qu'en France le droit codifié se soit débattu dans un nœud de contradictions. C'est à juste titre qu'Halpérin signale que le laïcisme n'a pas empêché le maintien durant tout un siècle du concordat de 1804, pas plus que l'égalité n'a empêché de perpétuer les différences entre l'homme et la femme ou entre le patron et l'ouvrier, pour ne rien dire de la coexistence du code et de l'esclavage jusqu'au 1848. Quant à l'imposition du divorce pour tous, elle n'a pas empêché non plus le retour, en 1814 déjà, du mariage indissoluble, qui fut éliminé en 1884 seulement⁸⁷. Par contre, on maintint à tout prix le texte unique des cinq codes en français. Ainsi que le fait remarquer Halpérin, il n'était pas question, comme en Autriche, de faire des éditions du code en d'autres langues comme le breton, l'occitan ou le corse afin que chacun dispose d'un code dans sa langue maternelle⁸⁸.

CONCLUSIONS

Nous sommes maintenant en situation de résumer.

A partir du milieu du XVIIIe siècle, une notion de code découlant des Lumières s'est imposée graduellement en Europe continentale et en Hispano-

⁸³ HALPÉRIN, note 75.

⁸⁴ Voir note 77.

⁸⁵ SAGNAC, note 67, 17 ss., 388.

⁸⁷ HALPÉRIN, Jean-Louis, *Codes et traditions culturelles*, Florence, 2000.

⁸⁸ BRAUNEDER, Wilhelm, «Gesetzeserkennntnis und Gesetzssprache in Deutschland von 1750 bis 1850 am Beispiel der Habsburgermonarchie» in Eckert-Hattenhauer (éd.), *Sprache-Recht-Geschichte*, 1.

amérique. Avec elle, les portes d'un processus d'absorption du droit par l'Etat se sont ouvertes, dans un processus qui a augmenté au moins jusqu'au milieu du XX^e siècle. Le code cessa d'être un *corpus iuris* et se réduisit simplement à un *corpus legum*, émanation de l'Etat seul, sans contribution des autres pouvoirs de niveau semblable, telle l'Eglise, ou inférieurs comme ceux des assemblées, locales ou corporatives. Tel est le caractère fondamental des textes qui s'élaborent durant cette étape, depuis la Bavière jusqu'au projet de Mello Freire, la *Leopoldina* et la *Josephina*, de même que l'*Allgemeine Landrecht* (ALR), les *Cinq Codes*, le code pénal d'Autriche et l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB). Avec eux, le *iussum* semble triompher du *iustum*.

Quoi qu'il en soit, cette suprématie de la loi étatique n'en est qu'à ses débuts et reste très éloignée d'atteindre un niveau total. C'est d'ailleurs ainsi que les codificateurs l'ont compris, puisque tous reconnaissent que leur travail prend place à l'intérieur d'un cadre antérieur et supérieur aux lois. Dans le même temps, dans le monde hispanique, l'idée s'affirme, conformément à la vision théocentrique des *Partidas*, que les commandements qu'elles contiennent doivent être loyaux, droits et parfaits, selon Dieu et selon la justice⁸⁹. Zeiller et Portalis s'en rapportent à la raison et à la nature. Le juriste autrichien explique dans son exposition de 1801 devant la commission aulique de législation que «Le droit n'est pas façonné par les hommes et les gouvernants n'en sont pas les créateurs. Tous les droits découlent originellement de la raison. Le législateur est l'organe de cette dernière, un flambeau qui illumine pratiquement la raison juridique», obligé à «mettre constamment en évidence le respect de la dignité de l'homme, de l'équité, des bonnes mœurs et de la religion»⁹⁰. Pour sa part, Portalis fait voir dans son *Discours préliminaire* de la même année que «Les lois ne sont pas de simples actes de pouvoir; ce sont des actes de sagesse, de justice, de raison»; «Les lois sont et ne doivent être autre chose que le droit réduit à des règles positives, à des préceptes singuliers»; «Le droit, c'est la raison universelle, la raison suprême, fondée dans la nature même des choses»⁹¹.

La loi étatique ne peut s'imposer sans contrepoids que dans la mesure où elle se dissocie du *ius commune*. Ce n'est qu'ainsi qu'elle peut se transformer en règle et en mesure de la vie juridique sur tout le territoire. D'où le fait que la critique au *ius commune* et l'exaltation du droit patriotique ou national s'associent avec l'apologie d'une prétendue discipline primitive dans l'Eglise au nom de laquelle on restreint le primat du Pape. Tout ceci contribue au renforcement du pouvoir royal. Comme on peut le supposer, ce processus se fait au prix de la réduction du pouvoir de l'Eglise, de l'autorité des juristes, de l'éradication de l'arbitraire judiciaire et, dans la mesure du possible, des droits traditionnels, qu'ils aient été déclarés par les juristes ou institués par les coutumes.

⁸⁹ *Siete Partidas*, note 37, 1,1,4.

⁹⁰ ZEILLER, note 36.

⁹¹ PORTALIS, note 66.

En définitive, la codification équivaut à une sorte de reformulation légale du droit, à un *ius in legem redigere*. Pour cette raison, il se convertit en un instrument pour forger l'unité juridique de tout un territoire et de toute une population sous une même législation imposée d'en haut par les gouvernants. On abat ainsi la diversité et la multiplicité du droit précodifié et y compris, dans la mesure du possible, du droit canonique. Une telle transformation ne pouvait que rencontrer des résistances dans divers milieux, depuis les juges et les universités attachés au *ius commune* jusqu'à l'Église et aux assemblées, dont le droit, les statuts et les privilèges se voyaient réduits.

Ce *ius in legem redigere* répond à une longue transformation institutionnelle et doctrinale en Europe continentale et en Amérique hispanique que les limites de ce travail ne nous ont pas permis de traiter. Pour se faire tout de même une idée de sa portée, il suffit toutefois de revoir la liste des auteurs qui sont invoqués le plus souvent de toute part. On trouve parmi eux l'immanquable Vinius (1588-1657), Domat (1625-1696), Stryk (1640-1710), le célèbre Zeger van Espen (1646-1728), l'influent Muratori (1672-1754), le fameux Heinecius (1681-1741), Montesquieu (1689-1755), Böhmer (1704-1772) qui fut très admiré, et enfin Beccaria (1738-1794).

Naturellement, la résistance face à l'étatisation du droit et la lutte qui s'ensuivit ont beaucoup varié de région à région et de pays en pays. Elles donnèrent lieu à une divergence entre les deux pendants des Lumières, le catholique national et le religieux et cosmopolite, ainsi qu'à l'alternative entre réforme et révolution. On distingue ainsi trois foyers ou pôles, chacun avec ses propres problèmes et ses vicissitudes. Alors que l'Europe centrale suit la voie des réformes et prend de l'avance, la zone hispanique, tout en gardant une claire proximité avec cette dernière, avance plus lentement, alors que la France, qui ne se joint que dans la dernière décade du siècle au mouvement codificateur, combine la voie de la révolution avec le recours au savoir et à l'expérience des juristes anciens.

Tout comme elle eut un coût, la codification eut également son prix. Si il n'est pas difficile de reconnaître dans le code un instrument d'étatisation du droit, on ne se rend pas toujours compte de ce que, ce faisant, il le fige et bloque la possibilité qu'il se renouvelle de lui-même sans avoir besoin d'attendre les interventions du pouvoir qui sont souvent artificielles et hors de propos. Ce faisant, en définitive, le code scelle son propre sort. Loin d'être, comme l'ont cru les hommes des Lumières, une manière de fixer le droit pour toujours, le voici condamné à rester à la traîne. Il porte en lui le germe de son propre déclin.

En fin de comptes, la loi est la plus rigide des sources du droit, la seule qui est incapable de s'adapter par elle-même aux faits comme le font les autres formes plus pratiques comme la jurisprudence ou les coutumes. Cela est si vrai qu'il n'existe pas d'autres moyens de franchir la tranchée entre le pays légal et le pays réel que de recourir à de nouvelles lois. Pour cette raison, tôt ou tard, la vie juridique ne peut que déborder les limites du droit codifié. Au bout de deux siècles, le vent a tourné. Si la seconde moitié du XVIII^e siècle a vu se dérouler

les débuts de la codification, la seconde moitié du XX^e siècle a assisté au commencement de la décodification.

Le rêve des Lumières de fixer le droit une fois pour toute dans des codes se dissipe comme un *métarécit* et fait eau de toutes parts. Ces textes sont périssables et, comme toutes les choses humaines, se fanent et meurent. A ce stade, il est problématique de parler de l'avenir de la codification. Les codes seront parfois des œuvres magistrales, mais ils portent en eux le germe de leur propre épuisement. Il ne fait aucun sens de chercher des échappatoires, de vouloir les maintenir en vie artificiellement à force de remèdes et de suppléments. Le droit codifié peut tout à fait survivre, mais à condition qu'il se libère des codes et se transforme, par exemple, en droit coutumier ou jurisprudentiel, mais pas en codes qui sont condamnés par leur nature de corps légaux à succomber à la *révolte des faits**. En cette heure qui voit son agonie, concluons qu'il sera inutile de lutter contre le destin fatal du droit écrit.

M. BERNARDINO BRAVO LIRA**

M. GUILLAUME FATIO
Traduction de l'espagnol

* En français dans le texte.

** Professeur à l'Université du Chili (Santiago). A notamment publié: «La diffusion du Code civil de Bello dans les pays de droit castillan et portugais» (Valparaíso, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 1982); «Relations entre la codification européenne et la latino-américaine» (Valparaíso, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 1984); *Les deux visages de la codification en Europe continentale et en Amérique Latine: légale et judiciaire* (Pamplona, Eunsa, 1992); *Le Code civil de Napoléon et le droit latino-américain* (Lima, Université Catholique du Pérou, 1997).

El pase regio y las bulas de jubileo universal: 1769-1829

Bien conocida y estudiada ha sido la política regalista de los monarcas Borbones, especialmente la de Carlos III, por lo que no vamos a reiterar proposiciones ya conocidas, aunque éste sea el marco genérico en el que se inscribe el trabajo que desarrollamos a continuación. De modo más preciso, el objeto de este estudio es el de subrayar la efectividad de las medidas adoptadas por el citado legislador con relación a una de las instituciones jurídicas que más enturbió las complejas y variables relaciones entre la Iglesia y la Corona española. Nos referimos al *regium exequatur* o pase regio¹. Y no sólo durante el estricto período que abarcó su reinado sino también el que incluye al de su hijo y nieto.

Es lugar común apuntar que, aunque dicho soberano no dio origen a esta institución², durante su gobierno se produjo un cambio sustancial en su con-

¹ Aunque se trata de un binomio complejo de definir, marcado históricamente por la posición ideológica de quien lo había de utilizar, «*derecho de retención, pase regio, placito, letras de parentis o regium exequatur*» suelen ser las denominaciones más comunes para aludir a esa facultad o necesidad de autorización o visto bueno que ha de conceder la autoridad civil de un Estado a los actos que provengan de la autoridad eclesiástica (normalmente disposiciones en forma de bulas, breves y rescriptos del Romano Pontífice) para su observancia por los fieles –ciudadanos de ese mismo Estado– una vez que se ha examinado su contenido.

² Sobre esta discutida cuestión, *vid.*, entre otros, V. DE LA FUENTE: *La retención de bulas en España ante la Historia y el Derecho*, Madrid, 1865-1868; *Historia Eclesiástica de España*, VI, Madrid, 1875; F. AGUILAR: *El pase regio. Cuestión histórica y cuestión moral*, Imprenta de D. R. P. Infante, Madrid, 1875; C. TARQUINI: *Dissertatio de placito regio* (Apéndice al *Juris Ecclesiastici Institutiones*), Roma, 1896, traducida al español por D. ANDRÉS MANJÓN, 2.^a ed. corregida y aumentada, Granada, 1890; L. BARRIO Y MORAYTA: voz «*Exequatur*» en *Enciclopedia Jurídica Seix*, s.f.; R. OLAECHEA: *Las relaciones hispano-romanas en la segunda mitad del siglo XVIII. La Agencia de Preces*, 2 vols., Zaragoza, 1965; «El concepto de exequatur en Campo-

cepción que condujo a una regulación taxativa de la misma ³ y a un uso reiterado que desembocó en unas especiales dificultades del Santo Padre en sus comunicaciones con los fieles residentes en territorios hispanos. Tratamos pues de ahondar en esta tesis y tomamos como base una documentación que, aunque extraída del Fondo de la Nunciatura de Madrid ⁴, parece copia de originales que debieron estar depositados en el Consejo Real de Castilla. Son un total de 47 folios manuscritos de fecha incierta que dan cuenta del devenir seguido por varios textos pontificios en su intento de ser publicados y difundidos en territorio de la Corona Española.

Lo primero que llama la atención del investigador es que todos los documentos papales que son objeto de retención y análisis por parte de las autoridades españolas, y que vamos a detallar a continuación, se promulgan al objeto de conceder indulgencias a los creyentes con motivo de la ocupación de la silla de San Pedro por el nuevo pontífice en cuestión. Esto es, tras los accesos de Clemente XIV (19 de mayo de 1769) ⁵, Pío VI (15 de febrero de 1775) ⁶, Pío VII (14 de marzo de 1800) ⁷ y Pío VIII (31 de marzo de 1829) ⁸. O, dicho de otra manera, todos los Papas del último tercio del XVIII y de comienzos del XIX, a excepción de León XII (28 de septiembre de 1823-10 de febrero de 1829). La explicación que justifica el hecho de que toda esta documentación aparezca reunida, con notables visos de verosimilitud, reside en las profundas dudas suscitadas al gobierno de Fernando VII por el procedimiento seguido por los documentos pontificios publicados por Pío VIII tras ocupar la silla pontificia. En este sentido, se trata de aclarar si los pasos dados por el Nuncio en España, Mons. F. Tiberi ⁹, cuando intenta dar a conocer los beneficios espirituales que dicho Papa concede por medio de la Encíclica de 24 de mayo

manes» en *Miscelánea Comillas* 45 (1966), pp. 119 ss.; Q. ALDEA, T. MARTÍN y J. VIVES: voces “regalismo y retención de bulas” en *Diccionario de Historia Eclesiástica*, t. II., Madrid, 1973, pp. 2066-2068 y 2081-2082; AAVV, *Historia de la Iglesia en España*, dirigida por R. GARCÍA VILLOSLADA: varios tomos, Madrid, 1979; M. MENÉNDEZ PELAYO: *Historia de los heterodoxos españoles*, 2 vols., 4.ª ed., Madrid, 1987; I. SÁNCHEZ BELLA: «La retención de bulas en Indias» en *Historia. Instituciones. Documentos* 14 (1987), pp. 41-74; S. M. CORONAS GONZÁLEZ: *Escritos regalistas. Pedro Rodríguez de Campomanes*, con estudio preliminar de..., Oviedo, 1993; J. MACÍAS DELGADO: *La Agencia de Preces en las relaciones Iglesia-Estado español (1750-1758)*, Madrid, 1994.

³ Esencialmente, aunque no las únicas, Pragmáticas de 18 de enero de 1762 y de 16 de junio de 1768.

⁴ Archivo Segreto Vaticano, Fondo della Nunziatura di Madrid, Caja 364, ff. 112-136. *vid.*, Apéndice documental.

⁵ Su pontificado se extendió hasta el 21 de septiembre de 1774. *vid.*, M. BARRIO: *Diccionario de los Papas y Concilios*, dirigido por J. PAREDES: Ariel, Barcelona, 1998, pp. 394-397.

⁶ Su pontificado se extendió hasta el 29 de agosto de 1799. *vid.*, M. BARRIO: *Diccionario...*, cit., pp. 398-402.

⁷ Su pontificado se extendió hasta el 20 de agosto de 1823. *vid.*, J. PAREDES: *Diccionario...*, cit., pp. 405-416.

⁸ Su pontificado se extendió hasta el 30 de noviembre de 1830. *vid.*, J. PAREDES: *Diccionario...*, cit., pp. 423-427.

⁹ *vid.*, V. CÁRCEL ORTÍ: (edición, introducción y notas), *Correspondencia diplomática de los Nuncios en España. Nunciatura de Tiberi (1827-1834)*, Pamplona, 1976.

de 1829 (*Traditi humilitati nostrae*) y el Breve de 18 de junio del mismo año, con motivo de su elección a la sede de San Pedro, han sido los adecuados. Ante la sospecha del abuso en su actuación, no ajustada a la «legislación vigente», se acomete una tarea indagatoria sobre el comportamiento de sus antecesores cuando ocuparon la sede pontificia así como el proceder de la maquinaria administrativa hispana en similares circunstancias. Esta pretensión obligó al Consejo de Castilla a reunir todos los antecedentes disponibles. No deja de ser llamativo que, una vez agrupado todo el material, exista una copia, en hojas manuscritas, en los archivos de la Nunciatura.

Los primeros folios que examinamos están relacionados con la actitud adoptada por la monarquía española ante la subida al solio pontificio del Papa Clemente XIV en mayo del año 1769¹⁰, y su consecuente proclama a los creyentes, esto es, cuando ni siquiera ha transcurrido un año desde la sanción regia de aquella disposición normativa que, con fecha de 16 de junio de 1768¹¹, regulaba profusamente el pase regio o *regium exequatur* y que, en realidad, venía a rehabilitar la efímera Pragmática de 18 de enero de 1762¹². Como era tradicional, y así se deja constancia en la documentación estudiada¹³, el Papa elegido para ocupar la vacante de San Pedro se solía dirigir tanto a los fieles (Bula de jubileo de 12 de diciembre de 1769), como a su jerarquía eclesiástica (Encíclica *Cum summi apostolatus* con la misma fecha de la anterior), animándoles a que imploraran a Dios para que guiara rectamente sus pasos en la compleja tarea de estar al frente de la Cristiandad. Acaba de estrenarse como Patriarca y ya se le plantea un grave dilema respecto a uno de los principales bastiones de la Cristiandad, es decir, con la Monarquía Española: en la publicación de la Encíclica y la Bula de Jubileo universal ha de proceder ¿ignorando

¹⁰ Vid., T. EGIDO: «El regalismo y las relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVIII» en *Historia de la Iglesia en España* dir. por R. GARCÍA VILLOSLADA, IV, Madrid, 1979, especialmente, pp. 189 ss.

¹¹ Cfr. *Novísima Recopilación* II, 3, 9.

¹² Estamos en plena «época del apogeo y de la mayor exageración en materia de retenciones, llevadas al último extremo (*sic*) a que pueden llegar» en palabras de V. DE LA FUENTE en *La retención de bulas...*, cit. p. 49. Vid., además, V. RODRÍGUEZ CASADO: «Iglesia y Estado en el reinado de Carlos III» en *Estudios Americanos* 1 (1948), pp. 5-57; A. DE LA HERA: «Los precedentes del regalismo borbónico según Menéndez Pelayo» en *Estudios Americanos* 14 (1957), pp. 33-39; «Notas para el estudio del regalismo español en el siglo XVIII» en *Anuario de Estudios Americanos* 31 (1974), pp. 409-444; «Evolución de las doctrinas sobre las relaciones entre la Iglesia y el poder temporal» en VVAA, *Derecho Canónico*, Pamplona, 1975, pp. 611-651; I. MARTÍN MARTÍNEZ: «Panorama del regalismo español hasta el concordato de 1953» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* 11 (1961), pp. 279-303; *Sobre la Iglesia y el Estado*, Madrid, 1989; A. L. CORTÉS PEÑA: *La política religiosa de Carlos III*, Granada, 1989.

¹³ «Ninguno hallan los fiscales en la promulgación del Jubileo –se refiere a cualquier tipo de obstáculo–, porque así lo establece la costumbre observada en la Iglesia de largo tiempo, y así conviene para la unión del pueblo cristiano que todo él concorra con sus oraciones, ayunos, limosnas y ruegos al Omnipotente para implorar el auxilio de la Divina gracia y acierto del presente Pontificado». Los fiscales en cuestión eran P. Rodríguez de Campomanes y José Moñino. Vid., S. M. CORONAS GONZÁLEZ: *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, 1992, especialmente, pp. 174-182.

las medidas decretadas por Carlos III mostrando así su rotundo rechazo? o ¿ajustándose a lo legalmente establecido sancionando de esta manera la actuación regia? Del relato de los acontecimientos mostrado en el documento en cuestión no hay duda de que Clemente XIV decide, al menos de momento, no enfrentarse abiertamente al monarca Borbón y cumplir escrupulosamente la disposiciones en uso en materia de *regium exequatur* o pase regio para los territorios sometidos al soberano carolino¹⁴. En este sentido, se siguen los pasos marcados por la citada pragmática de 1768 que exigía la presentación ante el Consejo de Castilla de aquellas bulas, breves, rescriptos y despachos de la Curia romana que contuviesen leyes, reglas u observancias generales debiéndoseles otorgar el placet en la medida en que no se opusiesen «a las regalías, concordatos, costumbres, leyes y derechos de la Nación, o no induzcan en ella novedades perjudiciales, gravamen público o de tercero». Según el texto manejado, Tomás Azpuru¹⁵, «Auditor de la Rota y ministro interino del Rey en la Curia Romana», ante la ausencia momentánea de Nuncio en España, le hace llegar al Marqués de Grimaldi, Secretario de Estado de Carlos III, el deseo del Papa de dirigirse a su grey en los términos ya conocidos¹⁶. Este, de forma inmediata, se lo hace saber al monarca quien, a su vez, ordena se remitan los documentos en cuestión al Consejo de Castilla para que informe lo que tenga por conveniente.

¹⁴ No hay que perder de vista lo que de este Papa se llega a decir antes de ser elegido para ocupar la tiara pontificia: «... a partir de 1764, en gran parte por los enfrentamientos con el secretario de Estado Torrigiani, se hizo “aficionadísimo a la corte de España, que lo quiso por ponente de la causa de Palafox, y muy amigo de don Manuel de la Roda”» en M. BARRIO: *Diccionario...*, cit., p. 394.; del mismo modo, son interesantes las palabras de R. OLAECHEA: *Las relaciones hispano-romanas...*, I, cit., p. 352: «El cónclave de 1769, reunido a la muerte de Clemente XIII, presenta un aspecto singular, con un sistema de actuación de las cortes europeas diferente al de los cónclaves anteriores. En éstos, las coronas ponían su veto a los candidatos no gratos. En el de 1769 había una alianza en cuanto al fin: elegir un papa antijesuita y antiinmunitista».

¹⁵ «... a cuyo efecto su Santidad por medio de D. Tomás Azpuru Auditor de la Rota y ministro interino del Rey en la Curia Romana ha remitido un ejemplar para que llegue a noticia del Rey antes de hacerse notorio en sus dominios». Al respecto R. OLAECHEA: *Las relaciones hispano-romanas...*, I, cit., p. 339, señala «Al abandonar la ciudad eterna, Roda había dejado la agencia y el ministerio en manos de don Tomás Azpuru, auditor de la Rota por Aragón desde 1760. Este hombre mediocre y nada preparado para el ejercicio de las funciones desempeñadas hasta entonces por su paisano Roda, había recibido el encargo subrayando su incapacidad y haciendo votos por el “rápido nombramiento del Agente y mucho más del Ministro, pues uno y otro hacían falta para el buen servicio del rey”. En agosto de 1766 Azpuru fue nombrado oficialmente ministro interino y poco después recibió orden de pasar al palacio de España...». Igualmente, en p. 360, nota 76 indica: «Don Tomás de Azpuru nació en Zaragoza en 1713. Ocupó distintos cargos eclesiásticos en España antes de ir a Roma como auditor. En 1770 fue nombrado arzobispo de Valencia, pero murió en su casa de Roma en 1772».

¹⁶ «Excmo Sr. = Deseando el Papa publicar una Encíclica que ha escrito a todos los Obispos, juntamente con la Bula de Jubileo que ha concedido a toda la cristiandad con motivo de su exaltación a la Silla Apostólica, me ha remitido por medio de D. Tomás Azpuru un ejemplar para que llege (*sic*) a noticia del Rey antes que se haga notoria en sus dominios = He dado noticia de ello a S. M. Que me manda remitirla a V. E. para que viéndose en el Consejo, exponga éste con toda brevedad posible, si habrá inconveniente en que S.M. permita su publicación = Dios que a V. E. muchos años como deseo. El Pardo 7 de enero de 770. El Marqués de Grimaldi = Sr. Conde Presidente del Consejo».

Así pues, una copia de los oficios pontificios pasa a los fiscales del Consejo de Castilla, J. Moñino, P. Rodríguez de Campomanes y J. F. de Albinar¹⁷ para que elaboren su dictamen. Tras un detallado análisis, no oponen ningún reparo al pase de los documentos papales¹⁸. Para ello se basan en que no encuentran su contenido incompatible con las regalías y lo refrendan además localizando un precedente inmediato que avala este proceder. En concreto, la subida al trono pontificio de Benedicto XIV¹⁹, de la que se subraya cómo se obvió inclusive la inveterada costumbre de incluir las «llamadas censuras *in Coena Domini*²⁰» que obligaban a ser «suplicadas y retenidas repetidas veces...». Es más, estos cualificados miembros del Consejo de Castilla se atreven a alabar la oportunidad del llamamiento que se hace a la unidad de todos los miembros de la Iglesia, a la inexcusable obligación de confiar en la «santidad de la doctrina derivada de la Escritura y de la traducción como verdadera fuente de ellas, a la instrucción de los pueblos de lo que deben a la Iglesia, al Rey, a la Patria y a los prójimos» y, cómo no: «... el respeto a los Reyes y Soberanos de la tierra como una obligación de conciencia y de necesidad; no sólo para conservar la quietud pública de los Reynos, sino también para alcanzar la protección que los soberanos deben y conceden a la Religión y a la Disciplina». En la misma tónica laudatoria insisten en que el Papa ha respetado el contenido de la Pragmática de 16 de junio de 1768, necesaria para la obtención del pase regio: «Esta atención de S. Santidad manifiesta los verdaderos principios con que debe publicarse en el Reyno toda especie de Rescriptos especialmente los generales porque la Autoridad Real se halle enterada de su contenido y se reconozca si hay algún inconveniente...»²¹. La ineludible, por el momento,

¹⁷ Vid., S. M. CORONAS GONZÁLEZ: *Ilustración y Derecho...*, cit., pp. 253 y 254.

¹⁸ «Los Fiscales D. Pedro Rodríguez Campomanes, D. José Moñino y D. Juan Félix de Albinar han visto las letras del Jubileo universal dado en Roma a 12 de diciembre de 1769 refrendadas del Cardenal Negroni en forma de Breve por las cuales la Santidad de Clemente XIV concede jubileo universal para implorar el auxilio divino en el principio de su Pontificado por medio de las oraciones de los fieles bajo de las circunstancias que prescribe; y asimismo la Carta circular a todos los M.R. Patriarcas, Primados, Arzobispos y Obispos de la Iglesia Católica dada con la misma fecha del día 12 de diciembre prócsimo [*sic*] pasado y dicen: que con Real Orden de 7 de este mes se ha remitido al Consejo por el Señor Marqués de Grimaldi para viéndose en él exponga éste con toda la brevedad posible si habrá inconveniente en que S.M. permita la publicación de dicha carta circular a los Obispos, junto con la Bula del Jubileo...».

¹⁹ «... teniendo en cuenta los fiscales el que en igual caso expidió la Santidad de Benedicto XIV a 11 de noviembre del año de 1740, con el que empieza el primer tomo de su Bulario...». Vid., S. M. CORONAS GONZÁLEZ: *Ilustración y Derecho...*, cit., especialmente, pp. 178 y 179.

²⁰ Vid., J. L. LÓPEZ, marqués del Risco: *Historia legal de la Bula llamada «in Coena Domini»*, Madrid, 1768.

²¹ M. BARRIO: *Diccionario...*, cit., pp. 395 y 396: «Clemente XIV pensó que adoptando la política de conciliación que había practicado el papa Lambertini se captaría la benevolencia de los soberanos... Fiel a su política de conciliación, sin abolir explícitamente el *Monitorio* enviado por su antecesor al duque de Parma, renunció a su aplicación, a la vez que concedió la dispensa necesaria al duque para casarse con la archiduquesa María Amalia, hija de la emperatriz María Teresa. No protestó por la abolición del derecho de asilo en Toscana (1769) y, en breve tiempo, consiguió restablecer las relaciones diplomáticas con Portugal, rotas diez años atrás... Dejó de publicar la bula *In coena Domini...*».

supervisión regia se justifica porque la distancia puede generar que desde Roma se adopten decisiones equivocadas fruto de una posible visión no ajustada de la realidad española. En cambio, la proximidad del rey en sus tareas de gobierno ha de impedir ese involuntario y perjudicial alejamiento provocando además el reforzamiento de la autoridad que significa que el soberano ordene su cumplimiento: «... cuya inspección sirva también para que las justas determinaciones de la Santa Sede tengan más puntual cumplimiento con el patrocinio Regio y si hay algo reparable por la distancia de los parages [*sic*] o la mala redacción y noticia de las cosas se remedie antes que nazcan inconvenientes». De ahí que su informe sea favorable dejando, no obstante, que el Consejo en pleno decida lo que tenga por conveniente ²².

La eventualidad es aprovechada por la diplomacia pontificia para iniciar una ofensiva subrayando la importancia de la labor del Nuncio de Su Santidad ²³. Así, se alude a las dudas surgidas en el Santo Padre sobre el modo correcto de proceder ante la falta de su principal interlocutor en el reino, sin perjuicio de insistir nuevamente en que su intención es la de respetar escrupulosamente los nuevos dictados del monarca hispano y que una cuestión y otra no son incompatibles. El Marqués de Grimaldi envía una comunicación al Presidente del Consejo de Castilla, conde de Aranda, con fecha de 9 de enero, en la que da cuenta de esta queja papal: «... Ayer estuvo conmigo el Conde Vicenti, encargado de los Negocios de Roma, y me dijo que deseando el Papa publicar una Encíclica dirigida a todos los Obispos junto con la Bula de Jubileo que ha concedido a toda la Cristiandad con motivo de su exaltación al Trono Pontificio, se habrá hallado dudoso y embarazado no teniendo al presente en estos Reynos Nuncio de quien en semejantes casos ha sido costumbre valerse y se habría determinado dar la comisión al mismo conde Encargado de sus Negocios...». No obstante, también se deja constancia de la oportuna retirada papal a los nuevos límites fijados en las relaciones entre ambas instancias: «... persuadido Su Santidad a que no habrá inconveniente por no ser asunto de jurisdicción sino un material encargo de remitir a los Arzobispos y Obispos los citados documentos con orden preciso de que antes de dar paso supiese las intenciones del Rey y nada ejecutar que pudiese disgustar a S. M. ni causar escrúpulo sobre la comisión referida siendo el ánimo de S. Santidad el más sincero...». El 9 de enero, según la documentación utilizada, se le da cuenta a S. M. tanto de la postura del Consejo como de las inquietudes de S. S. en la cuestión del Nuncio, guardando el monarca silencio en la segunda cuestión,

²² «... El Consejo, sin embargo, acordará como siempre y consultará a S.M. lo más acertado. Madrid y enero 8 de 1770. Acordado. El Consejo, Madrid, 9 de enero de 1770».

²³ La publicación de la pragmática de 16 de junio de 1768 junto con la ausencia de Nuncio originaba una delicada situación de la que Clemente XIV inmediatamente se percató: «Se consumaba así la práctica incommunicación con Roma, una vez que la Nunciatura se hallaba vacante a causa de la muerte del nuncio Lucini», en T. EGIDO: *El regalismo...*, cit., p. 195. Siguiendo al *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, Madrid, 1973, voz «Nunciatura», p. 1786, Ippólito Vicente desempeñó el cargo de Nuncio de Su Santidad en España de forma interina de febrero de 1768 a diciembre de 1773.

pero no así en la primera: «... S.M. ha determinado se traduzca, imprima y publique la Encíclica y Bula a cuyo fin ha dado ya sus Reales Ordenes...»²⁴.

El segundo supuesto en el que nos centramos discurre a comienzos del año 1776. Se refiere, por un lado, al Breve expedido por la Cancillería romana con fecha de 25 de diciembre de 1775 en virtud del cual el Papa Pío VI desea extender el jubileo a los fieles católicos de todo el mundo declarando 1776 Año Santo y, por otro, a su Encíclica *Inscrutable divinae sapientiae* dirigida a los arzobispos, obispos y demás prelados dándoles las instrucciones precisas para tal fin. Al igual que los anteriores y en aplicación de la Pragmática de 16 de junio de 1768, hay que examinar si los contenidos de los escritos papales entran en conflicto con las regalías de la Corona. Luigi Valenti Gonzaga²⁵, Nuncio de Su Santidad en Madrid, se dirige al Marqués de Grimaldi, en su condición de Secretario de Estado, enviándole copias de los documentos en cuestión para que se actúe según la legislación vigente²⁶, poniéndose en marcha pues la compleja maquinaria administrativa ya conocida. En primer lugar se informa a S. M. Carlos III quien, a su vez, ordena se remita la documentación al Consejo de Castilla para que testimonie lo que estime oportuno. En consecuencia, todo el material pasa a mano de los fiscales para que lo estudien y emitan su dictamen.

Se relata en el material que manejamos que un fiscal, sin especificar su identidad, tras su detenido examen²⁷, cree oportuno conceder el pase: «... y así

²⁴ El expediente concluye así: «El Rey (Dios le guarde) por su resolución a consulta del Consejo pleno de nueve de este mes, ha permitido al Abate Don Hipólito Vicenti, Encargado de Negocios de Roma que pueda remitir a los M.R. Arzobispos y R. Obispos de estos Reynos, la Bula de Jubileo y carta Encíclica que S. Santidad escribe [*sic*] a todos los Prelados del Orbe Católico con motivo de su exaltación a la Santa Sede, advirtiéndoselo al Consejo al mismo tiempo y a los Prelados exentos para que les conste haberse reconocido en él estos documentos y que no se ha encontrado reparo en su curso y publicación. Particípolo a V. de orden del Consejo para su inteligencia y cumplimiento y del recibo de ésta me dará aviso para trasladarlo a su superior noticia. Dios que a V. muchos años. Madrid y enero 16 de 1770». V. de la Fuente: (*La retención de bulas...*, cit, p. 51) menciona la Circular de 16 de enero de 1770 dirigida a los Prelados de España, en virtud de la cual se permite se publiquen estos documentos; no obstante, se puede consultar en *El Libro de las Leyes del siglo XVIII*, ed. del BOE, Madrid, 1996, tomo III, p. 1680: «Carta circular 16 de enero 1770 a los Arzobispos y Obispos del reino avisándoles haber permitido S.M. a su encargado en Roma les remita la bula de jubileo y carta encíclica que S. Santidad escribe a todos los prelados del orbe católico después de su exaltación a la S. Sede».

²⁵ Arzobispo de Cesarea, Nuncio en España desde el 28 de agosto de 1773 a enero de 1778. *Vid., Diccionario de Historia...*, cit., voz «Nunciatura», p. 1786.

²⁶ «Ilmo. Sr. = El Nuncio de S. Santidad me ha pasado oficio incluyendo los ejemplares adjuntos de la Bula de extensión al Jubileo del año Santo a todo el Orbe Católico y de una Encíclica a los Arzobispos, Obispos y Prelados. Habiendo puesto en noticia de S.M. me manda remitir dichos ejemplares a V.I. para que en consecuencia de lo dispuesto por la Pragmática, se vean en el Consejo y esponga [*sic*] éste con toda la brevedad posible lo que se le ofrezca para responder al Nuncio, a quien se ha de responder dichos ejemplares, por cuyo motivo es necesario que V.I. me los devuelva. Dios que a V.I. ms. as. como deseo. El Pardo 2 de febrero de 1776 = El Marqués de Grimaldi: Sr. Gobernador del Consejo».

²⁷ «... El fiscal ha visto los ejemplares de la Bula de S.Santidad y de la Carta Encíclica... y dice que la Bula es de extensión [*sic*] del Jubileo del año Santo a todo el orbe católico prescribiendo las diligencias que deberían hacerse para ganarle, concediendo facultades a los confesores para

no contradice el fiscal el pase, ni la licencia para reimprimir dichos ejemplares a fin de comunicarlos a los diocesanos...». Otro, en cambio, el «más antiguo»²⁸, deja constancia de la conveniencia de que el Breve sea mudado «a lengua vulgar»²⁹, en la medida en que al ir dirigido esencialmente a los fieles, no tiene sentido su contenido si éstos no llegan a entenderlo correctamente. En consecuencia resulta imprescindible su traducción, obviamente por el organismo encargado de dicha tarea: el Traductor General, a quien se le debe enviar copia de aquél. El Consejo de Castilla, un día más tarde, 5 de febrero, acuerda pronunciarse a favor de la concesión del «... pase al Breve y a la Encíclica, con prevención en cuanto al primero, de que para ganar el jubileo del Año Santo hayan de tener los fieles la Bula de la Santa Cruzada». Matización importante en la medida en que esta exigencia no figuraba en el texto de aquélla, por lo que en realidad se adultera su contenido. Además, el pleno apoya la opinión de su fiscal que advierte de la conveniencia de su traducción al castellano³⁰.

En el expediente estudiado se deja constancia de la intervención en este proceso de un órgano que, aunque legalmente estaba previsto, en la tramitación de los anteriores documentos pontificios vistos no había quedado constancia de su mediación. Se trata del Comisario General y el Tribunal de la Santa Cruzada. Tanto el porqué como el sentido de su participación quedan perfectamente explicados en el siguiente fragmento que reproducimos:

«D. Antonio de Quadra Escribano de cámara de la Comisaría general de la Santa Cruzada en estos Reynos y Señoríos Certifico que *en el día trece del presente mes*³¹ por el Ilmo. Sr. Comisario General se proveyó el auto que sigue =

absolver de todos los casos reservados y a los seculares de ambos sexos para elegir en el caso cualquiera confesor aprobado por el Ordinario Diocesano. La Encíclica es una exhortación a los mismos Prelados para que exciten la gracia por la imposición de manos u administración de los Santos Sacramentos propios de su dignidad; no admitan en la milicia eclesiástica a los que no sean acreedores por su virtud y literatura; funden colegios clericales o Seminarios Conciliares en todas las Diócesis en que no los hubiere para que en ellos se críe y eduque la juventud que aspire a los ministerios eclesiásticos, habilitándose y haciéndose dignos de su ejercicio y desempeño; cuiden de la decencia y aseo de las Iglesias, sus ornamentos y vasos sagrados y de que cumplan esta obligación los que perciben sus rentas sin permitir que antepongan sus propios usos y gastos; y finalmente que expliquen y prediquen el Santo Evangelio para restaurar y mantener la pureza de la fe y buenas costumbres, extirpar y desterrar las falsas opiniones y libros impíos opuestos a uno y otro a la sociedad y al respeto y obediencia debida a los monarcas y demás superiores. Todo esto es muy propio del celo pastoral del sucesor en la silla de S. Pedro...».

²⁸ Siguiendo a S. M. CORONAS GONZÁLEZ: *Ilustración y Derecho...*, cit., p. 254, Pedro González de Mena fue nombrado el 10 de mayo de 1772, Santiago Ignacio de Espinosa el 3 de marzo de 1774 y José García Rodríguez el 7 de mayo de 1775.

²⁹ «... Otro si dice: que siendo este jubileo una gracia del Santo Padre que deben saber los fieles en lengua vulgar con exactitud y arreglo a su natural tenor, sin equivalencia, procede que el Consejo mande traducir estos Breves por el traductor general a fin de que quedando en el expediente la traducción se devuelvan a las Reales manos para que los Ordinarios eclesiásticos le publiquen en sus Diócesis con la traducción imprimiéndose en ambas lenguas. 4 de febrero de 1776».

³⁰ «... sería conveniente se sirva mandar que se remita al Consejo un ejemplar del Breve y Carta Circular para traducirlos y imprimirlos en lengua castellana y latina para la más fácil inteligencia de todos los fieles. Madrid, 5 de febrero de 1776».

³¹ Todas las cursivas son originarias del texto transcrito.

En la villa de Madrid a trece de febrero de mil setecientos setenta y seis años, el Ilmo. Sr. D. Ventura Figueroa Caballero del Real y distinguida Orden española de Carlos 3.º, Arcediano de (*³²), Dignidad de la Santa Apostólica Metropolitana Iglesia de Santiago, del Consejo y Cámara de S.M. su Gobernador en el Real de Castilla y Comisario Apostólico General de la Santa Cruzada, estando en el Tribunal celebrado este día junto con los Ilmos. Sres. sus Asesores D. Miguel María de Nava y D. Domingo de Trespalacios de los Consejos y Cámara de Castilla y Indias y demás ministros de él: *Habiendo visto y examinado el Breve Apostólico expedido en Roma el día 8 de las calendas de enero de mil setecientos setenta y cinco en que la Santidad del P. Pío sexto que actualmente gobierna la Iglesia extiende el Jubileo del año Santo de Roma a los Dominios Católicos el cual se ha presentado al Rey Nuestro Señor por el Nuncio de S. Santidad y de su Real Orden comunicado por el Excmo. Sr. Marqués de Grimaldi, primer Secretario de Estado se ha remitido a S.M. y al tribunal para que se reconozca y examine en observancia de la costumbre y en cumplimiento de la ley 12, título diez, libro primero de la Recopilación y de la Pragmática de S.M. en que se ordena conforme a la ley que se presente al Sr. Comisario General y Tribunal de Cruzada todos los Breves de Indulgencias antes de su publicación; dijo S. Ilma. le daba y dio el pase en la forma ordinaria para que pueda publicarse, y mandaba y mandó que yo el Escribano de Cámara del propio tribunal ponga incontinenti en manos de S. Ilma. certificación de este auto para pasarlo a la soberana notificación de S. M. y lo firmo de que certifico D. Manuel Ventura Figueroa, Antonio de Quadra. Madrid a 16 de febrero de 1776.»*

Según consta en la documentación de la Nunciatura, la objeción del fiscal y del pleno del Consejo sobre la necesidad de traducir la Bula es asumida sin mayores problemas: «Resolución de S.M. He mandado se devuelvan al Nuncio el Brebe [*sic*] y la Encíclica y remito al Consejo ejemplares de estos documentos para que los haga traducir y publicar...»³³. Pero el tema de la posible contradicción de su contenido con las exigencias patrias en materia de la Bula de la Santa Cruzada³⁴ sigue candente. Aunque en este momento hay un cierto vacío en la información ofrecida, sí nos da cuenta de cómo el Comisario de la Bula de la Santa Cruzada da un paso adelante para contribuir a solucionar el problema, urgido quizá por el propio Rey según se entrelee en su decreto, por medio del cual, sólo por esta vez, exime a los fieles de la necesidad de estar en posesión de la bula de Cruzada para alcanzar los beneficios del jubileo:

«Habiéndose dignado la benignidad de N.S. Padre Pío Sexto, que felizmente gobierna la Iglesia, conceder a estos Católicos Dominios la extensión

³² No podemos identificar el término empleado.

³³ «... Cuya Real determinación se publicó en el Consejo hoy día de la fecha y acordó su cumplimiento a cuyo fin se pasen los dos ejemplares que acompaña al Traductor General para que los traduzca y remita al Consejo con la mayor brevedad. Y para que conste en el expediente del asunto, lo firmo en Madrid a veinte y dos de Febrero de mil setecientos setenta y seis. Antonio Martínez Salazar.»

³⁴ *Vid.*, J. L. LÓPEZ MARTÍNEZ: *Historia legal de la Bula llamada «In Coena Domini»*, Madrid, 1768; V. DE LA FUENTE: *Historia Eclesiástica de España*, especialmente el tomo VI, 2.ª ed., Madrid, 1875, pp. 113 ss.

del Jubileo del año Santo de Roma para que los fieles puedan ganar sus indulgencias, cumpliendo con lo que previenen en su Breve expedido en Roma a veinte y cinco de Diciembre de mil setecientos setenta y cinco, que el Nuncio de S. Santidad presentó al Rey N.S. y S.M. nos remitió manifestándonos sus Reales piadosas intenciones dirigidas al mejor bien de sus fieles vasallos para que sin perjuicio de la Bula de la Santa Cruzada, se publiquen en estos Reynos. Por tanto Nos en observancia y cumplimiento de nuestras facultades Apostólicas, conformándonos con las intenciones de N.S.P. Pío Sexto y con las del Rey N.S. por las presentes levantamos para este efecto solamente la suspensión que hemos puesto por el año de la publicación de la Bula de la Santa Cruzada de otras indulgencias semejantes o desemejantes. Y mandamos que nuestros jueces subdelegados no impidan ni embaracen la publicación del referido Breve, por que los fieles puedan ganar las indulgencias que concede sin perjuicio alguno de los grandes tesoros espirituales, gracias y privilegios que concede la Bula de la Santa Cruzada a los que la toman y dan su limosna para los santos fines de la guerra contra los infieles enemigos del nombre de Jesucristo y de nuestra fe católica. Y dispensamos que por esta vez, y sin ejemplar se pueda ganar sin la Bula de la Santa Cruzada. Dado en Madrid a veinte y tres de febrero de mil setecientos setenta y seis.»

El Consejo de Castilla no parece estar conforme con el acuerdo del Tribunal de la Santa Cruzada. De ahí que se dirija a éste para exigirle que «junte al citado expediente una certificación de lo que hubiese sobre la publicación del Santo Jubileo»³⁵, respondiendo éste de forma rápida, tan sólo en cuatro días, con un conjunto abigarrado de argumentos que tratan de justificar tanto su participación en el procedimiento como la postura adoptada³⁶. La resolución final del procedimiento queda en el aire a tenor de la información extraída del archivo. Únicamente disponemos de un último informe que los fiscales del Consejo de Castilla elevan a éste para su discusión, una vez que han reunido todas las piezas del puzzle. No obstante, entendemos muy probable que ésta fuera la postura asumida por el Consejo y, posteriormente, por Carlos III:

«Los fiscales han visto este expediente y dicen que el Breve de extensión del Jubileo del año Santo con la traducción hecha por el traductor general en

³⁵ «... Y para que V.S. lo haga presente a la Comisaría General a fin de que disponga se forme y remita al Consejo dicha certificación se lo participo de orden del Consejo = Dios que a V.S. muchos años. Madrid 18 de abril de 1776».

³⁶ Este organismo alegará en defensa de su participación los siguientes argumentos: la vigencia de la normativa de la Nueva Recopilación en su libro 1, título 10, ley XII, que recoge una «bula del Papa Alejandro... –en la que se prescribe que– no pueden publicarse en los dominios de S.M. indulgencias ni otras gracias Apostólicas sin que antes las examinen los ordinarios eclesiásticos respectivos y el expresado Ilmo. Sr. Comisario General y que por éste se conceda la licencia correspondiente»; la circunstancia comprobada de que desde hacía más de cien años esta práctica resultaba habitual siendo el «medio... –por el que– se han conservado las regalías de la Corona y las gracias y concesiones de la Santa Cruzada...»; el propio contenido de la Pragmática de 16 de junio de 1768 y, finalmente, el texto de la Real Orden de 11 de febrero de 1766 dada por S.M. por medio de la que expresamente se le requiere su parecer. En la correspondencia de Mons. Tiberi a Benetti (con fecha de 13 de agosto de 1833) también se alude a esta posible participación del Comisario general de la Santa Cruzada en determinados supuestos en base a la prag-

virtud de lo resuelto por S.M. y el Consejo es conveniente que se imprima para los fines propuestos por el fiscal más antiguo en el otrosí de su respuesta de cuatro de febrero próximo pasado, con expresión de la dispensación concedida por esta vez y sin ejemplar por el Sr. Comisario General a fin de que pueda ganarse sin la Bula de la Santa Cruzada; y en atención a ser acreedor de la licencia para que pueda hacerlo el mismo traductor general o bien de su cuenta o tratando en la compañía de impresores y libreros, o con el que se conviniere, podrá el Consejo siendo servido, concedérsela en atención al trabajo expendido en la traducción. La impresión de la Encíclica puede excusarse, así por dirigirse a los Prelados que no necesitan la traducción para su inteligencia y a todos se les ha comunicado ejemplares en el....³⁷ latino por el M. R. Nuncio de S. Santidad en estos Reynos; como también por que puede tener algún inconveniente su divulgación en castellano para la generalidad con que toca algunas especies relativas a sectas, opiniones y libros perniciosos³⁸; sin embargo el Consejo resolverá lo más acertado, Madrid, 25 de mayo de 1776.»

El tercer supuesto reunido en el expediente corresponde al reinado de Carlos IV, y está estrechamente ligado a los dos anteriores. Concretamente acontece en el tránsito del siglo XVIII al XIX, momento de clara debilidad del poder pontificio y de marcada política regalista en España³⁹. Su tramitación se extiende a lo largo de casi medio año y se trata de conceder el pase o no a la Encíclica *Diu satis* de 15 de mayo de 1800, que el Papa Pío VII publica con

mática de Felipe II de 20 de noviembre de 1569 (Vid. V. CÁRCEL ORTÍ: *Correspondencia diplomática de los Nuncios en España. Nunciatura de Tiberi 1827-1834*, cit., pp. 775-777.

³⁷ En el folio de donde se extrae este fragmento figuran expresamente los puntos suspensivos en lugar de la palabra en cuestión que entendemos podría ser «idioma».

³⁸ No hay que perder de vista que mediante esta Encíclica se hace «una dura condena del movimiento ilustrado, afirmando que le aterraba el estado actual del pueblo cristiano por causa de “esos filósofos perversos que intentan disolverlo todo, gritando hasta la náusea que el hombre nace libre” y amenazan con romper la tradicional concordia entre los Estados y la Iglesia», en M. BARRIO: *Diccionario...*, cit., p. 399.

³⁹ Baste recordar el «terremoto» provocado por el Decreto de 5 de septiembre de 1799, habitualmente tachado de episcopalista y cismático, aunque realmente no lo fuera. R. HERR: *España y la Revolución del siglo XVIII*, Madrid, 1964, p. 335, señala al respecto: «... No fue la guerra, empero, sino una pugna entre los jansenistas y los ultramontanos sobre la organización de la Iglesia en España, el motivo declarado de la nueva tirantez. El fantasma, aparentemente abatido en los días de Carlos III, apareció de repente más camorronero que nunca». Vid., además, M. MIGUÉLEZ: *Jansenismo y regalismo en España (datos para la historia)*, Valladolid, 1895; R. OLACHEA: *Las relaciones hispano-romanas...*, II, cit, pp. 581-591; T. EGIDO: *Carlos IV*, Madrid, 2001, pp. 185-187, e *Historia de la Iglesia...*, cit. IV, pp. 212 ss.; F. DÍAZ DE CERIO: «Jansenismo histórico y regalismo borbónico español a finales del siglo XVIII», en *Hispania Sacra* 33 (1981), pp. 75-116. M. GODOY en sus *Memorias* publicadas en la Biblioteca de Autores Españoles, tomo LXXXVIII, ed. y estudio preliminar de C. SECO SERRANO, Madrid, 1965, p. 307, sobre el final de este asunto comenta: «... He aquí, pues, para aumentar las tribulaciones del monarca, los conflictos que por el mismo tiempo acarrearón las disputas inconsideradas y las pretensiones inoportunas que se habían promovido en materia de dispensas y reservas a la Silla apostólica. La elección del nuevo Papa, el cardenal Gregorio Bernabé Chiaramonti, hecha con toda paz en Venecia por el mes de marzo, desvaneció los temores y motivos con que se dio el Decreto Real de 5 de septiembre del año anterior...».

motivo de su subida al solio pontificio, costumbre, por otra parte, que, como hemos visto, había sido practicada por sus más inmediatos antecesores cuando han accedido a dicho trono, y cuya supervisión se ha impuesto como obligatoria por las autoridades civiles españolas. Este asunto resulta especialmente paradigmático por lo controvertido que resulta. Como era tónica habitual expuesta anteriormente, cuando se trataba de conceder el pase o no a documentos pontificios relacionados con la exaltación a la cátedra de San Pedro, habiéndose tomado noticia de los deseos papales, la maquinaria administrativa de la monarquía española se pone en marcha, pasando a ocupar un papel estelar el Consejo de Castilla, exhortado por Mariano Luis de Urquijo, Secretario de Estado:

«Es la voluntad del Rey que el Consejo consulte a S.M. lo que se le ofrezca y parezca sobre si convendrá o no, dar el pase a la adjunta Encíclica que ha publicado S. Santidad y que su encargado en esta Corte desea se de a la luz pública en estos Reinos. A este fin la paso a manos de V.E., que cuidará de comunicarla al Consejo, para que la examine detenidamente y diga a S.M. su dictamen = Dios guarde a V.E. muchos años. Palacio 13 de Julio de 1800 = Mariano Luis de Urquijo (rubricada) = Sr. Gobernador del Consejo.»

Consecuentemente, se encarga a sus fiscales que preparen los correspondientes informes para su posterior debate en el seno de aquél. Sin que llegue a transcurrir un mes, éstos están listos pero no coinciden en sus conclusiones. Así, por lo que se refiere al elaborado por los fiscales «más modernos», D. Gabriel Archutegui⁴⁰ y D. Juan Francisco de Cáceres Laso de la Vega⁴¹, se muestran partidarios de concederle el pase regio sin ninguna objeción⁴². Al efecto, subrayan que la Encíclica «está en su mayor parte y objeto principal llena de erudición y doctrina sagrada». Añaden los citados letrados que su objetivo principal es explicar «las obligaciones del Pastor Universal de la Iglesia», insistiendo en que se trata de «un silbo sobre toda la grey y singularmente sobre todos sus Ministros, recordándoles el precepto de la unidad con su Cabeza tan fervorosamente pedida por Jesús a su Eterno Padre, y avisándolos de los peligros y escollos que en estos calamitosos tiempos opone Satanás a su Príncipe, fundamento de la Religión Católica». Destacan, además, que «si consideramos la persona que habla en la Encíclica, la ocasión, a quién y lo que dice, conoceremos y confesaremos inmediatamente que oímos al Vicario de Jesucristo, Supremo Pastor de la Iglesia, Custodio de la viña, como le llama el gran

⁴⁰ Nombrado el 24 de mayo de 1793. *Vid.* S. M. CORONAS GONZÁLEZ: *Ilustración y Derecho...*, cit., p. 254.

⁴¹ Nombrado el 26 de mayo de 1797. *Vid.* S. M. CORONAS GONZÁLEZ: *Ilustración y Derecho...*, cit., p. 254.

⁴² «Por lo expuesto creen los fiscales que no hay motivo alguno para que en este Reino, el Católico por excelencia, deje de publicarse con el preservativo ordinario la Encíclica de un Papa que da parte a los fieles de su exaltación, cuya elección se celebró en España con tantas demostraciones de júbilo y alegría por toda clase de gentes, de que nos dieron los primeros ejemplos nuestros amados Católicos Monarcas... Madrid 3 de agosto de 1800.»

Concilio de Calcedonia». A este planteamiento favorable le suceden muy variados argumentos que tratan de consolidar su decisión, tales como que:

- «en ella se deja ver toda la dignidad y grandeza con que debe tratar a los Obispos, a los Príncipes de la tierra y a toda su grey un Vicario de Jesucristo en su exaltación a la Silla de S. Pedro»;
- «reprueba lo malo y promueve lo bueno»;
- «no pretende usurpar derechos o prerrogativas que no le competen»;
- no «desciende a disputas particulares ni a puntos contestados que podrían ofender a algunos»;
- «no manda ni pretende arrancar toda la mala yerba sino sólo aquella que buenamente pueda entresacarse, sin perjuicio de la buena»;
- «las doctrinas que enseña son las mismas que predicán y han enseñado en todos tiempos la Iglesia»;
- «los hechos particulares que refiere son públicos y notorios en toda Europa y aún en todo el mundo».

Hay dos menciones especiales que resulta imprescindible destacar. Una de ellas es la que dedica al problema de las relaciones entre el Papado y Francia ⁴³. La Encíclica, como no podía ser menos, la alude en su texto. Los fiscales exteriorizan la necesidad de que España quede al margen de esta cuestión. Así, advierten que «puede ser que algunos miren con ceño los amorosos sentimientos con que en este punto de religión se explica el Santo Padre hacia la nación francesa». Pero seguidamente matizan: «mas estos sentimientos no los hemos inspirado, ni sugerido nosotros». Del mismo modo manifiestan cómo la elección del Papa, a pesar de los obstáculos erigidos por la nación vecina, se hizo según lo legalmente preceptuado, llegando finalmente a reunirse el Colegio Cardenalicio en Venecia y siendo fruto de su proceder la designación de Pío VII.

La otra referencia se centra en la espinosa cuestión de la enajenación de bienes de la Iglesia ⁴⁴. Al respecto replican que «nada nos dice de nuevo, ni hace más que poner a la vista la doctrina de los Padres establecida en los Concilios...», añadiendo que la «Encíclica habla solo en general, sin reprobar o excluir los casos particulares...», por lo que concluyen: «no se dirige con su mandato absoluto contra estos Reinos, ni toca en las providencias que S.M. se ha dignado tomar en ellos, relativas a ventas de bienes, de memorias y obras pías, no para despojarlas, sino para aumentarlas y hacer mejor su condición». Así pues, como hemos dicho anteriormente, no oponen ningún reparo a la publicación de la Encíclica en el reino de España, postura totalmente contraria a la mantenida por

⁴³ Un breve resumen puede verse en M. BARRIO: *Diccionario...*, cit., pp. 401 y 402. Con mayor profundidad en R. OLAECHEA: *Las relaciones hispano-romanas...*, cit., II, pp. 451 ss.

⁴⁴ T. EGIDO: *Carlos IV...*, cit., pp. 189 y 190, realiza un escueto pero esclarecedor resumen, siendo necesario recordar, según sus palabras, que la tarea desamortizadora propiamente dicha: «se inicia de forma sistemática por 1798, en coincidencia con la creación de la Caja de Amortización de la deuda pública, del fondo de extinción de vales y con el vencimiento de los cuantiosos empréstitos asumidos por el gobierno». *Vid.*, no obstante, F. TOMÁS Y VALIENTE: *El marco político de la desamortización en España*, en *Obras Completas*, I, Madrid, 1997, especialmente pp. 567 ss., donde se realiza un examen con mayor detenimiento.

D. Felipe Antonio Canga Argüelles ⁴⁵, «el fiscal más antiguo», quien entrega su informe poco después, con fecha 15 de agosto del mismo año ⁴⁶.

Éste, en primer lugar, sentencia que por medio de la citada exposición no se hace más que cumplir la tradición de «después de su elección excitar el celo de los Venerables Cooperadores de los Ministerios del Señor». Y, precisamente por esto, como «ha sido formada para los Pastores de la Grey y dirigida sólo a ellos, parece que no es correspondiente comunicarla a todos». A partir de este juicio el fiscal se dedica a reunir evidencias que apoyen su postura incidiendo especialmente en la falta de antecedentes ⁴⁷ y, sobre todo, en la posibilidad de dar motivo para que se piense que se apoya a Pío VII en sus diatribas contra Francia, legitimando sus quejas elevadas tanto por el trato vejatorio dado a su antecesor como a los propios Cardenales en su tarea de designación del sucesor de Pío VI ⁴⁸. De ahí que se incline, «si estos temores» son fundados y esto lo debe decidir quien «tenga conocimiento del sistema y modo de pensar del presente Gobierno de aquellas potencias de las cuales pueda esperarse el agravio y la queja», por que no sólo no se permita «que se de a la luz pública la Encíclica en esta parte y puntos, mas ni aún el que se comunique a los mismos para quienes fue escrita».

El fiscal prosigue recordando, de modo abreviado, el devenir de las relaciones hispano-francesas, aludiendo a las medidas punitivas tomadas en el año 94 para evitar «el contagio funesto de las opiniones» del vecino país. En consecuencia, además de reflexionar en voz alta sobre la necesidad de valorar en su justo precio que, superado el anterior enfrentamiento, actualmente hay una cordial entente con el gobierno galo y «no deben exponerse estas relaciones de amistad entre nuestro Gobierno y cualquier otro, ni embarazarse por ello en consecuencias difíciles», subraya que si se llegó a prohibir la entrada de publicaciones de Francia, por qué no se va a poder impedir el paso a las que vengan de Roma en la medida en que se puedan entender que éstas «no interesan en lo sustancial de la fe ni de la doctrina». Continúa su razonamiento indicando que está comúnmente admitido que para evitar «toda ocasión de disturbios que pueda alterar la tranquilidad y paz de los Estados, deben los Soberanos retener e impedir la entrada en sus dominios de cualquier escrito que se quiera introdu-

⁴⁵ Nombrado el 19 de agosto de 1792. *Vid.*, S. M. CORONAS GONZÁLEZ: *Ilustración y Derecho...*, cit., p. 25

⁴⁶ «Si el Consejo fuese servido, podrá acordar se consulte así a S.M. o lo que más justo, conveniente y arreglado a la Soberanía Real, a la paz externa e interior y a la más buena correspondencia que debe procurarse con el Santo Padre y las demás potencias de Europa. Madrid, 15 de agosto de 1800.»

⁴⁷ «En la Secretaría del Consejo no se halla noticia o ejemplar de que se hubiese dado a la luz pública semejantes oficios de los Sumos Pontífices. El Nuncio de S.Santidad del Señor Pío VI, sólo ha solicitado imprimir su Encíclica con el fin de comunicarlo a los M.R. Arzobispos y Obispos».

⁴⁸ «Pueden temerse estas quejas y sentimientos por lo que se refiere en la Encíclica relativo al despojo de dignidad, bienes y honores, destierro, trabajos y peligros de la vida que ha sufrido y padecido el Santo Padre el Sr. Pío VI, a las persecuciones, destierro y dispersión que padecieron también los Cardenales que hacía imposible elegir al sucesor en caso de vacante...»

cir en ellos». En consecuencia, afirma que «la Encíclica es una Carta universal para todos los Obispos del mundo cristiano unidos a la Iglesia de Roma» y, precisamente por ese carácter ecuménico puede no «convenir ni aplicarse en todas sus partes a todos y cada una de sus Provincias y Reinos». A partir de este punto el informe comienza a enumerar asuntos conflictivos que no pueden ser tratados con carácter igualitario en España y el resto del orbe católico:

- la «enseñanza que debe darse en los colegios, universidades, estudios públicos y particulares; la elección, admisión y separación de los maestros según convenga a la mejor educación de los jóvenes»⁴⁹;
- el índice expurgatorio de libros prohibidos⁵⁰;
- la «disciplina externa de la Iglesia»⁵¹;
- y, finalmente, la candente cuestión de los bienes y propiedades eclesiásticas, respecto de los que, entre otras cosas, arguye con toda intención: «Nuestra Santa y piadosa Madre la Iglesia, que tiene los bienes y las alhajas, no para guardarlas sino para emplearlas en el socorro y alivio de los pobres».

Con estos pareceres tan contrapuestos el Consejo de Castilla se reúne para decidir qué hacer, sintonizando más con el contenido de esta segunda exposición que con el de la primera. En este sentido, con fecha 25 de septiembre emite su juicio que comienza, por un lado, dejando constancia de la recepción de los contrapuestos informes y, por otro, dando cuenta del nuevo examen de la Encíclica del que, se afirma, ha sido realizado «escrupulosamente». Paralelamente advierte que «sus expresiones además de ser bastante fuertes en mucha parte de los puntos de que trata, admiten interpretaciones que pudieran a los mínimamente escrupulosos juzgar de ofensivas a la Regalías de V.M.». Ahora bien, a pesar de ser indudables estas posibles objeciones se da por sentado que «el Consejo está bien penetrado de las sinceras intenciones de S. Santidad y de que de ningún modo ha sido su ánimo invertir el orden de nuestras leyes y su constante observancia».

Partiendo, pues, de esta doble aseveración, esto es, sanas intenciones del Papa pero posibles puntos de fricción, analizan punto por punto las materias tratadas en la Encíclica que pueden plantear más dificultades para la obtención del pertinente pase:

1. Se subraya, en primer lugar, que es tradición que cuando un Papa ocupa la silla de San Pedro se dirija a todo el orbe cristiano, por lo que en principio la razón de ser de la Encíclica se ajusta a los parámetros conocidos y admitidos.

⁴⁹ De la que se afirma «es todo potestad de los soberanos», incidiendo en que «los métodos de estudio para Universidades, Colegios y Seminarios Conciliares, los forma y aprueba nuestro Gobierno y él mismo elige y separa los maestros, según convenga...».

⁵⁰ «En España no se ha reconocido ni reconoce jurisdicción de afuera, para la efectiva prohibición de libros. No ha sido admitido en ella el Índice Expurgatorio Romano...».

⁵¹ «Es grande la parte y muy principal la voz de la Suprema Autoridad soberana y económica en la disciplina externa de la Iglesia que por no ser universalmente observada en ella, varía y aún debe variar, según la diversidad de provincias, tiempos y circunstancias...».

2. Respecto a las afirmaciones relativas a la necesidad de vigilar la correcta educación cristiana de la juventud llegando a adoptar drásticas medidas contra los educadores que no cumplan con su función se indica, entre otras cosas, que son «palabras propias de un celoso pastor que habla con sus cooperadores», esto es, afirmaciones «cuya publicación no presenta ningún inconveniente y que sólo una interesada interpretación puede hacerlas dar un sentido perjudicial».

3. En cuanto al tema de los bienes eclesiásticos, aquí la tesis mantenida se torna más delicada. Sentencian que resulta indudable que «S. Santidad no habla con la Iglesia de España ni comprende ciertos bienes que la ignorancia o la malicia quieren abrazar bajo la denominación de bienes eclesiásticos». Es decir, se parte de la base de que los bienes de la Iglesia indiscutiblemente son propiedad de aquélla y la autoridad civil no puede interferir en su devenir, por lo que las afirmaciones del Papa no afectan a la actuación de los gobiernos hispanos⁵² que, aunque es cierto han recurrido a la apropiación y subasta de ciertos recursos, dudan de su condición de eclesiásticos a pesar del «interés particular de muchos administradores» que «quieren extender la cualidad de bienes eclesiásticos a otros que nada tienen de común con ellos, sino el estar en manos muertas, con grave perjuicio de la agricultura y del bien general del Estado»⁵³.

⁵² Cfr., especialmente, las tres Reales Órdenes de 25 de septiembre de 1798 relativas a las rentas y caudales de Colegios mayores que se destinaban a la Caja de Amortización, a las *temporalidades de jesuitas* y a la enajenación de bienes de hospitales, hospicios, casas de misericordia, de recusión y de expósitos, cofradías, memorias, obras pías y patronatos de legos. Así, de forma breve: «D. Carlos IV, por Real dec. de 19 de septiembre de 1798, inserto en céd. del Consejo de 25 del mismo mes. Continuando en procurar por todos los medios posibles el bien de mis amados vasallos en medio de las urgencias presentes de la Corona, he creído necesario disponer un fondo quantioso, que sirva al doble objeto de subrogar en lugar de los Vales Reales otra deuda con menor interes e inconvenientes; y de poder aliviar la industria y el comercio con la extinción de ellos, aumentando los medios que para el mismo intento están ya tomados; y siendo indisputable mi autoridad Soberana a dirigir a estos y otros fines del Estado los establecimientos públicos; he resuelto, después de un maduro examen, se enagenen todos los bienes raíces pertenecientes a Hospitales, Hospicios, Casas de misericordia, de reclusión, y de expósitos, Cofradías, Memorias, Obras pías y Patronatos de legos, poniéndose los productos de estas ventas, así como los capitales de censos que se redimiesen pertenecientes a estos establecimientos y fundaciones, en mi Real Caja de amortización baxo el interés anual del tres por ciento...» (*Novísima Recopilación* I, 5, 22).

«D. Carlos IV en San Ildefonso por Real Decreto de 19 de septiembre de 1798, inserto en cédula del Consejo de 25 del mismo mes. Incorporación a la Real Hacienda de las Temporalidades de los Regulares de la extinguida Compañía de Jesús. No siendo ya en modo alguno comparable la utilidad de los objetos piadosos, a que se destinaron los bienes de los Regulares extrañados de la extinguida Compañía de Jesús en España e Indias, con la muy superior de que sirvan a la defensa y conservación del Estado, a quien propiamente pertenecen, para aliviar a la industria y comercio de los vasallos del peso de la deuda nacional, y señaladamente la representada por los Vales Reales; he venido en resolver, que los restos de las Temporalidades de dichos Regulares se agreguen e incorporen enteramente a mi Real Hacienda con destino a la amortización de Vales Reales, sin perjuicio de aplicar, siendo necesaria alguna parte de ellas, a las urgentes necesidades de la Monarquía...» (*Novísima Recopilación*, I, 5, 24). *Vid.*, no obstante, T. EGIDO: *Historia de la Iglesia...*, cit., IV, pp. 208 ss.

⁵³ «Las cofradías, Memorias y toda esa prodigiosa multitud de fundaciones conocidas bajo el nombre de Obras pías han logrado que sus bienes se reputen por algunos como bienes eclesiásticos.»

Prosiguen su reflexión advirtiendo que la cuestión se ha de centrar sin embargo en qué se concibe por tales bienes eclesiásticos y los fines que se han de perseguir. Como se considera probado que en numerosas ocasiones se han colocado, por «malicia o ignorancia», bajo su paraguas protector objetos que no tienen la condición de tal y de que existe una profunda convicción en la legitimidad de tal proceder se entiende necesario que «para arrancarla enteramente» sea «preciso además del razonamiento, usar de otros medios más fuertes y más decisivos». Ahora bien, la contrapartida, el precio que se ha de pagar por esta decidida actuación es muy alto, pues «muchos se apresurarán a hacer creer a los incautos que S. Santidad reprobaba en estas palabras las ventas de estos bienes; les persuadirán que estos bienes son bienes de la Iglesia; se valdrán de cuantos sofismas les sugiriesen sus torcidos fines y conseguirán retraer a unos y sembrar en los corazones de otros la semilla del remordimiento...». Todo ello ignorándose de forma dolosa que «cuando V.M. acordó la enagenación [*sic*] de estos bienes, tuvo en consideración no sólo acudir con sus productos a las urgencias actuales, sino también el fomento de la agricultura» venciendo todos «los obstáculos que le oponía la piedad mal entendida»⁵⁴. Sopesados pues los pros y los contras de las manifestaciones papales el «Consejo cree perjudicial y expuesta la publicación de estas expresiones de S. Santidad por los inconvenientes que van insinuados»⁵⁵.

⁵⁴ Recuérdese lo dispuesto tanto en *Novísima Recopilación* I, 5, 22 como en I, 5, 24. Respecto a la primera: «D. Carlos IV, por Real dec. de 19 de septiembre de 1798, inserto en céd. del Consejo de 25 del mismo mes. Continuando en procurar por todos los medios posibles el bien de mis amados vasallos en medio de las urgencias presentes de la Corona, he creído necesario disponer un fondo quantioso, que sirva al doble obgeto de subrogar en lugar de los Vales Reales otra deuda con menor interes e inconvenientes; y de poder aliviar la industria y el comercio con la extinción de ellos, aumentando los medios que para el mismo intento están ya tomados; y siendo indisputable mi autoridad Soberana a dirigir a estos y otros fines del Estado los establecimientos públicos; he resuelto, después de un maduro examen, se enagenen todos los bienes raíces pertenecientes a Hospitales, Hospicios, Casas de misericordia, de reclusión, y de expósitos, Cofradías, Memorias, Obras pías y Patronatos de legos, poniéndose los productos de estas ventas, así como los capitales de censos que se redimiesen pertenecientes a estos establecimientos y fundaciones, en mi Real Caja de amortización baxo el interés anual del tres por ciento...». En cuanto a la segunda: «D. Carlos IV en San Ildefonso por Real Decreto de 19 de septiembre de 1798, inserto en cédula del Consejo de 25 del mismo mes. Incorporación a la Real Hacienda de las Temporalidades de los Regulares de la extinguida Compañía de Jesús.

No siendo ya en modo alguno comparable la utilidad de los objetos piadosos, a que se destinaron los bienes de los Regulares extrañados de la extinguida Compañía de Jesús en España e Indias, con la muy superior de que sirvan a la defensa y conservación del Estado, a quien propiamente pertenecen, para aliviar a la industria y comercio de los vasallos del peso de la deuda nacional, y señaladamente la representada por los Vales Reales; he venido en resolver, que los restos de las Temporalidades de dichos Regulares se agreguen e incorporen enteramente a mi Real Hacienda con destino a la amortización de Vales Reales, sin perjuicio de aplicar, siendo necesaria alguna parte de ellas, a las urgentes necesidades de la Monarquía...».

⁵⁵ «Convencido por V.M. de las ventajas que resultarían a las mismas obras pías y para el impulso que se daría a la agricultura, dispuso la venta de sus fincas, imponiendo sus productos en los fondos públicos. Estas ventajas desaparecerán, en concepto del Consejo, si se publican las expresiones S. Santidad lisa y llanamente.»

4. Para finalizar, el Consejo de Castilla llama la atención sobre el contenido de «algunas expresiones bastante acaloradas, pero se hace cargo de las circunstancias» en que se pronuncian ⁵⁶.

En conclusión, la proposición fundamental que elevan a S.M. Carlos IV se ajusta a los siguientes términos:

«El Consejo pleno, Señor, es de dictamen que o bien por medio del Nuncio de S. Santidad en esta Corte, o del modo que V.M. juzgue más a propósito, se le haga presente amistosa y confidencialmente los inconvenientes que en las actuales circunstancias pueden seguirse de la publicación de la Encíclica en la parte que habla de los bienes de la Iglesia; que sus expresiones sobre este particular podrán embarazar los grandes beneficios que V.M. se ha propuesto de la venta de estos bienes, retrayendo a los compradores y perturbando las conciencias de los que ya los han adquirido; y que no habrá inconveniente en que dicha Encíclica corra para los M.R.R. Arzobispos y R.R. Obispos en idioma latino, allanándose lo que dice acerca de los referidos bienes, llamados con impropiedad eclesiásticos, bien sea suprimiendo S. Santidad este capítulo, o diciendo expresamente que bajo el nombre de bienes de la Iglesia no se comprenden los que se han mandado vender en estos Reinos, en virtud del Real Decreto de V.M., y que en el ínterin se aclara este punto, se suspenda la publicación de la expresada Encíclica. V.M. se dignará resolver lo que fuere de su Real agrado. Madrid, 25 de setiembre de 1800.»

La contestación de la Corona no se demora en el tiempo. Ni siquiera debió transcurrir un mes. En los documentos examinados se deja constancia de la promulgación, sin fecha, de una Real Resolución en virtud de la cual se ordena, escuetamente, que «ejecute el Consejo con esta Encíclica lo que ha hecho en casos de igual naturaleza». Esto es, la pelota está de nuevo en el tejado del Consejo de Castilla que se ve obligado a escudriñar en sus archivos antecedentes análogos. Vemos de nuevo manos a la obra a los dos fiscales «más jóvenes» por un lado ⁵⁷ y al «más antiguo» por otro ⁵⁸.

Todos, tras una intensa búsqueda, coinciden en que los únicos precedentes que se encuentran ⁵⁹ y que puedan ser similares son los que acabamos de examinar anteriormente ⁶⁰. Y de su estudio apuntan un dato nuevo: que, ante el

⁵⁶ «Un Pontífice lleno de celo y amor a la Religión, en los primeros días de su Pontificado, en unos tiempos en que a donde quiera que vuelva la vista, no ve sino desgracias y funestos desastres ¿cómo ha de desahogar su aflicción, sino con fuerza y energía? Agitado y lleno de dolor, prorrumpe en expresiones fuertes y vigorosas, efecto del amor por la conservación de la pureza de nuestra Religión.»

⁵⁷ Esto es, Gabriel de Archutegui y Juan Francisco de Cáceres, que firman su dictamen con fecha de 27 de octubre de 1800.

⁵⁸ Emite su parecer con fecha de 19 de noviembre de 1800.

⁵⁹ Ésta sería la razón, como ya hemos advertido, de que toda esta documentación aparezca unida.

⁶⁰ «Los fiscales han vuelto a ver este expediente y dicen que para que tenga el debido cumplimiento la soberana determinación se hace preciso averiguar cual ha sido la práctica del Consejo en asuntos de esta naturaleza. A este efecto se ha unido al expediente otro formado sobre dar el pase a la Bula de extensión del jubileo del Año Santo de 1775, y a una Encíclica de la Santidad de

Breve y la Encíclica publicados con motivo de la subida al trono pontificio de Pío VI, Carlos III ordenó su traducción del latín al castellano pero, mientras que al primero se le autorizaba a tener una circulación amplia, para todos los fieles, al segundo, por su contenido, se entendió conveniente se restringiese su difusión sólo entre las autoridades eclesiásticas. Ahora bien, estiman que si bien es cierto no debe quedar duda de que las directrices regias se debieron realizar en tales términos, advierten que no hay constancia en los archivos de que esta orden se materializara en la práctica.

El fiscal Felipe Antonio Canga hila más fino que sus colegas y se desmarca de la línea indicada abriendo una nueva vía. Expone que, independientemente de que la Encíclica se hubiese traducido o no y la dificultad en medir su propagación, «no podrá gobernar este ejemplar para la resolución del Consejo en el presente caso». Y las razones que arguye son, esencialmente, que el «Consejo en todos aquellos en que ve o teme que de la publicación de cualquiera Bula, Breve, Edicto o Carta de la Curia Romana o de S.S. se puede seguir algún perjuicio o agravio a la Soberana potestad económica de S.M. o su Gobierno, al honor de su providencias o al bien de sus súbditos, lo que acostumbra, en cumplimiento de su interina obligación, es acordar la retención o la negación del pase». Y, como «el mismo Consejo en la consulta hecha a S.M. en 25 de setiembre del presente año, ha hallado graves inconvenientes en la publicación de esta Bula, aún en latín, si no se reformaba o explicaba la cláusula que refiere en los términos que manifestó a S.M.» no tiene sentido utilizar las otras como modelo pues no son el camino a seguir.

No obstante, pese a esta opinión, el informe que el Consejo eleva finalmente a S.M., condicionado por su deseo de que se actuara de forma similar a lo hecho en supuestos precedentes, aconseja conceder el pase al citado documento pontificio sin traducir al latín y con una circulación limitada a las autoridades eclesiásticas. Siendo este el parecer que rubrica S.M. Carlos IV dejándose constancia en el documento archivado de la siguiente manera: «V.M. sin embargo se dignará resolver lo que más sea de su Soberano Real agrado. Madrid 22 de noviembre de 1800. Real Resolución = Como parece y así lo he mandado = Fecho. Publicación = Publicada en el Consejo pleno hoy 1.º de diciembre de 1800, se acordó su cumplimiento y que se ponga certificación en el expediente»⁶¹.

Finalmente, el último documento tiene su origen en la elevación al solio pontificio de Pío VIII. En consecuencia y según el proceder visto hasta ahora, con motivo de su exaltación, el nuevo Papa publica un Breve, con fecha de 18

Pío VI, de 25 de diciembre del mismo año... El fiscal más antiguo del Consejo, en vista de la Soberana resolución a la consulta del Consejo sobre si convendrá o no dar el pase a la Encíclica que ha publicado S. Santidad el Sr. Pío VII y los expedientes que se han unido dice: que no parece hay más casos de la naturaleza del presente que el causado por la Encíclica del Sto. Padre Pío VI, publicado en Roma en el año 76.»

⁶¹ Hay que recordar que, por estas fechas y por medio de la Real Orden de 10 de diciembre de 1800 (*Novísima Recopilación* I, 1, 22), se dará el *pase regio* a la bula *Auctorem fidei*, retenida desde hacía 6 años. *Vid.*, A. MURIEL: *Historia de Carlos IV*, en *Biblioteca de Autores Españoles*, t. CXV, II, p. 217.

de junio de 1829, y una Encíclica, de 24 de mayo de 1829, relativas al tradicional jubileo. Ahora bien, no se ha seguido el procedimiento habitual y esta circunstancia genera cierta tensión. Detallemos pormenorizadamente los acontecimientos: Calomarde, Ministro de Gracia y Justicia, remite al Gobernador del Consejo Real de Castilla ⁶² una Real Orden con fecha de 20 de agosto de 1829 en la que le anexa los ejemplares de la Bula y la Encíclica para que este organismo emita su preceptivo parecer sobre el correspondiente pase; intencionalmente se añade un breve relato, a tener en cuenta por el Consejo, sobre la tramitación de los documentos: llegan al Ministerio de Estado, desde el que se reenvían al de Gracia y Justicia con fecha de 23 de julio, agregándosele una nota en la que textualmente se expone:

«El Secretario de la Interpretación de Lenguas me dice lo siguiente: El Secretario de las Órdenes remitió a esta Secretaría de mi cargo dos ejemplares impresos en Roma, uno de la Bula del Jubileo que S. Santidad ha publicado para toda la Cristiandad y otro de la Carta Encíclica que dirige a todos los Obispos Católicos; mas como ví que les faltaban las formalidades prescritas por nuestras leyes y que no venían por el conducto regular, resolví retener los originales y la traducción hasta que el Consejo Real de Castilla, que conoce privativamente de todo lo que pertenece a la publicación de Bulas, por lo que interesa a las Regalías de S.M. me las remitiera como se practica siempre = He sabido con toda certeza que el R. Nuncio las envió al Consejo de Órdenes, y acaso habrá hecho lo mismo con todos los Obispos de España, y no será extraño que algunos no echen de ver el defecto esencial que tienen y pasen a publicarlas causando alguna turbación y escándalo, lo que puede evitarse = Lo que de Real Orden traslado a V.E. para que por ese Ministerio de su cargo se tomen las oportunas medidas a fin de impedir los inconvenientes que pudieran resultar de la publicación de estos documentos sin las formalidades de estilo.»

Inmediatamente los fiscales del Consejo de Castilla se ponen a trabajar y examinan no sólo el contenido de los documentos sino el proceso seguido sin perder de vista el hecho de que el Arzobispo de Valencia, Mons. S. López García ⁶³, los haya difundido sin esperar a obtener el correspondiente visto bueno del Rey Fernando VII. En tal sentido exponen que la práctica habitual hasta este momento había sido que el Nuncio de S. Santidad remitiese los documentos papales al Ministerio de Estado, éste al Consejo de Castilla, el cual, una vez oídos sus fiscales, solía dar el pase mandando «traducir el Breve por la corres-

⁶² Señala REVUELTA GONZÁLEZ, M.: «La Iglesia española ante la crisis del Antiguo Régimen» en *Historia de la Iglesia en España*, cit., V, p. 103, que «... durante la década (la llamada Ominosa) persiste claramente el estilo regalista característico del despotismo ilustrado, del que eran herederos los ministros y miembros del Consejo de Castilla». Vid., además, J. M. CUENCA TORIBIO: *Relaciones Iglesia-Estado en la España contemporánea*, Madrid, 1985.

⁶³ Vid. V. CÁRCEL ORTÍ: *Historia de la Iglesia en Valencia*, II, Valencia, 1986, pp. 538-545: el arzobispo, «octogenario obispo de Orihuela, fue escogido por Fernando VII como prelado idóneo para consolidar la restauración en una de las diócesis más agitadas de España... entró en Valencia el 23 de noviembre del mismo año (1824)... falleció en Valencia el 3 de septiembre de 1831 y fue enterrado en la capilla de San José de la catedral».

pondiente oficina, consultando a S.M. en estos términos para que pudiesen circular y publicar en los Dominios Españoles expidiéndose después las órdenes correspondientes. Tal fue el curso natural y sencillo que llevaron esta clase de negocios conforme a las leyes generales establecidas». Sin embargo, constatan que el expuesto no ha sido el procedimiento seguido: «ahora se advierte que el Sr. Ministro de Estado remite al de Gracia y Justicia simples copias impresas en Roma en lo que indica que el Nuncio de S. Santidad no se los pasaría con arreglo a la práctica legal no interrumpida hasta el presente... Por esta razón quizá el Ministerio de Gracia y Justicia con quien no puede entenderse el Nuncio de S. Santidad en estas materias por pertenecer a la diplomacia, ha cumplido con remitirlas a este Supremo Tribunal».

Sentencian los fiscales que el Nuncio Mons. Tiberi «ha faltado en un punto tan importante en el que no cabe ignorancia»⁶⁴ insistiendo en que «no puede quedar duda de la circulación y publicación de los Breves, sin el pase del Consejo», circunstancia obviada, según consta, dado que «el M.R. Arzobispo de Valencia se ha adelantado a imprimir los edictos sobre la observancia del jubileo»⁶⁵. No obstante lo dicho, prefieren asegurarse de que toda la información recibida es veraz por lo que «para afirmar la verdad en una cuestión tan delicada y tan interesante a las Regalías de S.M. opinan que puede preguntarse al Ministerio de Estado si el R. Nuncio le ha pasado los breves originales o bien impresos simplemente y también que remita si por ello no hubiera inconveniente la nota o copia de ella con que se enviaron al Ministerio y evacuado con la brevedad que merece una cuestión tan importante que vuelva todo a los que suscriben para fundar con el debido acierto su dictamen». Además, aconsejan remitir los documentos de forma inmediata a «la interpretación de lenguas a fin de que los traduzca en la forma acostumbrada». Con fecha de 17 de diciembre de 1829 el Consejo ratifica las demandas de sus fiscales. El 22 de octubre de 1829 se recibe contestación del «Sr. Ministro de Estado» por la que se confirma las sospechas apuntadas, esto es, «el M.R. Nuncio no había observado las leyes respetables y útiles costumbres que ha habido en estos Reynos sobre el

⁶⁴ Y no cabía ignorancia, pues ya en una comunicación fechada el 8 de octubre de 1827 con Della Somaglia Mons. Tiberi deja constancia de conocer no sólo su vigencia (los documentos de su nombramiento tenían que recibir este visto bueno), sino de su carácter odioso: «Ho al medesimo esibito il breve apostolico della mia nomina in nunzio presso S.M.C. Il detto signor Salmon ha ripromesso senza ritardo farlo munire del consueto, inevitabile odioso *exequatur*...» (en V. CÁRCCEL ORTÍ: *Correspondencia diplomática de los Nuncios en España. Nunciatura de Tiberi, 1827-1934*, cit., p. 52).

⁶⁵ Para comprender el proceder de Mons. Tiberi quizá sea conveniente tener en cuenta las palabras de V. CÁRCCEL ORTÍ: *Correspondencia diplomática de los Nuncios en España. Nunciatura de Tiberi, 1827-1934*, cit., p. XXXVIII, cuando señala que «aunque no existía un conflicto abierto con la Santa Sede —excluido el problema de los obispos americanos— no ocultó Tiberi al iniciar su misión que la Iglesia española sufría una persecución tanto más terrible cuanto que sus enemigos trabajaban en silencio. En efecto, mientras el rey y su familia manifestaban públicamente su piedad, los fiscales del Consejo de Castilla insinuaban máximas perniciosas con el pretexto de mantener las prerrogativas regias y muchos magistrados obraban del mismo modo y estudiaban la forma de entrometerse en asuntos eclesiásticos y someter la Santa Sede a los intereses del Estado».

pase de Bulas Pontificias. Es decir, que el R. Nuncio por su propia autoridad ha promulgado y circulado las Bulas del último jubileo». Agravándose la situación en la medida en que aquél no puede alegar ignorancia, pues «en las notas o protestas colocadas al dorso de los Breves de su nombramiento y facultades se le advierte con arreglo a la ley 8.^a Título 4.^o Libro 2.^o y a otras de la Novísima Recopilación que se ha de arreglar en su ministerio y dignidad a las facultades del Breve sin perjuicio de las leyes, pragmáticas, usos y buenas costumbres de estos Reynos y regalías de la Corona»⁶⁶, recordando la vigencia de la Pragmática «del año 1762 refundida en la de 1768 que es la ley 9, tít. 3.^o, lib. 2.^o de la N.R. vigente sobre el particular» así como la práctica seguida al respecto desde la subida al solio pontificio de Clemente XIV.

En consecuencia, según exponen los fiscales en su nuevo informe de 15 de noviembre de 1829, dado que la experiencia ha demostrado que «la ambición de algunas personas, la inoportunidad y las falsas preces han arrancado, sin duda contra las rectas intenciones de los Papas, algunos Breves pontificios contrarios a las leyes y al bienestar de los pueblos», se torna imprescindible no permitir este tipo de conductas que pueden sentar graves precedentes. Así pues, «de todo lo expuesto resulta que el R. Nuncio circulando el Breve y la Encíclica de S. Santidad sin el pase del Consejo y el M.R. Arzobispo de Valencia dando ejecución a aquel Breve, han faltado ambos a las leyes y pragmáticas de estos Reynos habiéndose hecho acreedores a alguna demostración que prescriba estos abusos para lo sucesivo»⁶⁷. Por eso, concluye el expediente, los fiscales son partidarios de dar a conocer a S.M. Fernando VII la falta en la que han incurrido tanto el Nuncio como el Arzobispo de Valencia. Aconsejan, además, respecto al primero, la conveniencia de advertirle sobre la obligación que pesa de respetar el procedimiento establecido para la publicación de documentos pontificios en los territorios de la monarquía española, obligándole a que remita estos documentos para que obtengan el necesario plácet, sin perjuicio de que el monarca eleve la protesta oportuna ante S. Santidad por conducto de «su Enviado en Roma». Con relación al segundo, optan porque simplemente se le haga saber que «ha sido muy reparable la ligereza con que ha pasado a cumplir los Breves llegados a su poder sin los requisitos legales cuando las mismas leyes tienen prevenido lo contrario, designando penas graves a los contraventores». No obstante, se conforman con la simple llamada de atención no reclamando la aplicación de las mismas con la consiguiente imposición de sanciones⁶⁸.

⁶⁶ Añadiéndose: «Por esta razón no podrá ignorar el R. Nuncio el literal contexto de las disposiciones legales que desde los Sres. Reyes Católicos vienen arreglando este interesante punto de las Regalías de S.M.».

⁶⁷ Así, continúa el documento: «La armonía de ambas potestades eclesiástica y civil, el bien y la tranquilidad de la Iglesia del Estado el orden y felicidad de los pueblos dependen de que cada autoridad se contenga en sus justos límites, sobre lo que ha velado siempre la Religión justificación de nuestros Reyes por medio de este Supremo Tribunal a quien ha confiado el uso de tan preciosa prerrogativa».

⁶⁸ La Pragmática de 16 de junio de 1768 se remitió para la determinación de las penas en los supuestos de incumplimiento de sus preceptos a su homónima de 20 de noviembre de 1569 promulgada por Felipe II; aparece recogida en la *Novísima Recopilación* II, 3, 5.

En definitiva, hemos asistido a diversos capítulos que corroboran el interés de ciertos monarcas borbones (concretamente Carlos III, Carlos IV y Fernando VII) por la utilización de una institución, el *regium exequatur*, que en esta época, finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, se revela como un instrumento eficaz en la tenaz lucha por limitar el poder de la Iglesia, condicionando sobremanera las relaciones entre la Corona española y el Santo Padre y las comunicaciones de éste con sus fieles. Eficacia, por otra parte, que, por la propia esencia de la institución, será inversamente proporcional al avance del siglo. Es cierto que a lo largo de éste se acudirán a la misma con cierta reiteración. Especialmente significativo en este apartado es el reinado de Isabel II, derivación, sin duda, de las convulsas relaciones con los sucesivos ocupantes de la silla de San Pedro amalgamado con las profundas reformas que se acometen en el seno del país. No obstante, su utilidad irá decayendo progresivamente por el propio devenir de las circunstancias, siendo conveniente, aunque sea a título ejemplificativo, aludir al recurso a las nuevas vías de comunicación masiva que facilitan la pronta y completa comunicación con los creyentes, a pesar de los posibles obstáculos o cortapisas de la autoridad civil ⁶⁹.

MIGUEL ÁNGEL MORALES PAYÁN

⁶⁹ Téngase presente, como muy revelador, el papel desempeñado por la prensa escrita ante el conocido incidente acontecido con el *Syllabus* y la Encíclica *Quanta Cura*, estando próximo a su finalización el reinado de Isabel II.

La costumbre y el derecho municipal en los ayuntamientos constitucionales (1876-1924)

SUMARIO: 1. La costumbre y el derecho municipal con anterioridad al Estatuto Municipal (1924).-2. Estudio sectorial de algunos aspectos del ámbito competencial de los ayuntamientos en la Restauración: 2.1 Normas urbanísticas; 2.2 Locales; 2.3 Pastos; 2.4 Roturación; 2.5 Caza y Pesca; 2.6 Labores de policía; 2.7 Ferias y mercados; 2.8 Fiestas patronales; 2.9 Entrada en heredades ajenas; 2.10 Suspensión de Sesiones Ordinarias del Ayuntamiento; 2.11 Arrendamiento o venta de bienes o derechos municipales. Derechos de consumo; 2.12 Seguridad ciudadana.-3. Ordenanzas municipales: 3.1 Aspectos generales; 3.2 Regulación de las Ordenanzas Municipales; 3.3 Municipalización de los servicios.

1. LA COSTUMBRE Y EL DERECHO MUNICIPAL CON ANTERIORIDAD AL ESTATUTO MUNICIPAL (1924)

Nadie que sea medianamente conocedor de la historia de la Administración duda hoy en día de la determinante importancia del elemento histórico de la misma, hasta el punto de que no pocos historiadores y administrativistas afirman con toda contundencia hoy que la Administración no es producto lógico, sino histórico, y que incluso la actual debe considerarse básicamente como una etapa evolutiva más de un proceso pluricentenario que la condiciona sustancialmente, ya que sin antecedentes históricos ninguna Administración podría en ningún caso haber adoptado las formas concretas actuales.

En este sentido, no ha sido estudiado, al menos hasta ahora y de forma monográfica, un aspecto concreto del municipalismo histórico en el periodo de la Restauración como es la Costumbre y su relación con el derecho municipal

de la época, justamente en el momento en que el caciquismo local, la decadencia económica y el pesimismo nacional abocaban a urgentes reformas en el ámbito del régimen local.

Efectivamente, existen estudios recientes sobre la reforma de la Administración Local española a principios del siglo xx como el de Tusell o clásicos como el de Gascón y Marín, coetáneo a la época, ya que se publica en 1909 en París, o el de Sánchez de Toca en relación al municipalismo de la época y el problema de regionalismo; de igual forma el de Royo Villanova sobre descentralización y regionalismo publicado en 1901 con prólogo de Costa, o los conocidísimos «Escritos municipalistas y de la vida local», coetáneos al periodo de Adolfo Posada, o el no menos clásico de Jordana de Pozas sobre Derecho municipal, etc., pero ninguno sobre su relación con la costumbre.

Pues bien, a la luz de las numerosas actas de sesiones de ayuntamientos consultadas, se infiere claramente de las mismas que dichas actas no tienen formalmente el carácter de norma, cuestión que por otra parte ni la Constitución de 1876 ni la ley municipal de 1877 ni el resto de normativa municipalista del período reconoce, cosa que realmente no podía ser de otra forma, toda vez que una sesión corporativa no tiene por qué buscar tomas de decisiones generales o plenamente normativas, sin perjuicio de que existan determinadas decisiones corporativas cuyo contenido tiene auténtica fuerza normativa en tanto en cuanto va encaminado a imponer una conducta ¹.

Es fácilmente predicable en estos casos que al menos materialmente resulta algo muy similar a la norma positiva (a pesar de su origen consuetudinario), siempre y cuando a tales decisiones se les añada la característica de generalidad, en cuyo caso no existe diferencia alguna con cualquier otra regulación formalmente promulgada en materia municipalista.

La diferencia en este sentido entre las ordenanzas municipales de la época y las actas de sesiones de cualquier ayuntamiento apenas es perceptible, cuestión que no debe sorprendernos porque el predominio de la concepción liberal de la época basado en la mínima intervención estatal impedía una producción normativa elevada.

Ello, no obstante, se puede apreciar en numerosas ordenanzas municipales consultadas que éstas resultan bastante completas en un buen número de temas, sin perjuicio de que sorprendentemente en alguna de ellas observamos una abstracción tal que las aleja de la realidad cotidiana municipal, mientras que se observa paralelamente una mayor conexión práctica en otro tipo de actos administrativos, básicamente en todo tipo de decisiones administrativas de los ayuntamientos.

En cuanto a la génesis sobre dónde aparece la conexión entre las actas municipales y la costumbre de un municipio, podemos afirmar que las primeras son generalmente expresión de la segunda, sobre todo en pequeñas localidades rurales, de forma tal que la costumbre venía a ser la expresión del sentir

¹ Nos referimos obviamente al período de los ayuntamientos constitucionales, sin analizar aquí el Antiguo Régimen.

jurídico de la comunidad local y las Actas de Sesiones la forma escrita de resolver esas preocupaciones o situaciones de hecho ².

Resulta evidente, por tanto, que tanto las Corporaciones municipales como los grupos sociales que actúan en régimen de autogobierno, se mueven principalmente en esta dirección cuando surgen problemas jurídicos sociales, no anteponiéndose a ellos imaginando previamente soluciones de tipo intelectual, es decir, el fenómeno es a la inversa.

En este sentido, la normativa de los grupos sociales reducidos muestra en el derecho municipal una clara relación entre derecho positivo y derecho autóctono rural de cada zona, de forma tal que intentar romper dicha relación lleva aparejado un claro rechazo social más violento incluso que en las grandes ciudades, como por ejemplo el rechazo de muchos pueblos de España de la época al establecimiento de fiestas laicas, hasta el punto de que muchos municipios rurales, salvo si el derecho laboral lo imponía, esos días tenían el carácter de laborales, cuestión que se refleja en numerosas Ordenanzas Municipales.

En la práctica, numerosos ayuntamientos de la época conseguían aprobar y aprobaban acuerdos cuyo contenido sería mas bien propio de las Ordenanzas Municipales, siendo los mayores formalismos que han de cubrirse simplemente las inserciones de los acuerdos en el *Boletín Oficial de la Provincia*, sobre todo en regulaciones de derecho privado, que son las que obviamente tienen más que ver con la costumbre que con el derecho positivo *sensu stricto*.

En ningún caso se podía dudar de la aceptación de los acuerdos municipales indicados ni por parte de la Diputación Provincial correspondiente, ni por cualquier organismo de la Administración Central, sin perjuicio de que en la mayoría de los casos tales decisiones no eran supervisadas por dichas instituciones. En el caso de que la supervisión fuese obligatoria, como era el caso de arriendos de derechos de consumo, no solía haber rechazo del órgano supervisor, ya que éste, de haber existido, hubiera quedado reflejado documentalmente, puesto que todas las comunicaciones o notificaciones recibidas en los ayuntamientos provenientes de órganos superiores quedaban plasmadas en las Actas, incluso las más insignificantes; de esta forma podríamos afirmar que el único derecho municipal existente es el recogido en dichas actas, sin perjuicio de su origen consuetudinario o no ³.

Da la impresión en este sentido de que estaban latentes en la mentalidad de la época las bases del régimen local gaditano (arts. 309 y 310 de la Constitución de Cádiz) en las que se reconocía a pueblos y comarcas como unidades naturales de convivencia que se institucionalizan a través del municipio, del

² Vid. *Estudios conmemorativos Cincuentenario del Estatuto Municipal*, IEAL, Madrid, 1975, *in genere*, especialmente el trabajo de BOQUERA OLIVER, J. M.: *La regulación de las Ordenanzas en el Estatuto Municipal*, pp. 419-435, importante por su visión de conjunto, y el de ORTIZ DÍAZ, J.: *Sobre la variedad local y el Régimen de Carta*, pp. 307-319, breve pero conceptual, entre otros.

³ Sobre los aspectos relacionados entre la esfera municipal y la provincial, Vid. RUIZ DEL CASTILLO, C.: *ibidem*, pp. 617-635; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A.: *El control sobre los entes municipales en el Estatuto Municipal*, *ibidem*, pp. 217-244, o BERMEJO GIRONES sobre los antecedentes, pp. 53-94, aunque con puntos de vista discutibles desde la óptica histórica.

que el Ayuntamiento es la expresión legal, por lo que el concepto de municipio que se consigna es puramente legal y abstracto, quedando reducido a circunscripción.

Es en este sentido como los vecinos de los pueblos son las únicas personas con legitimación y con conocimiento de los medios de promover sus propios intereses y nadie mejor que ellos es capaz de adoptar las medidas oportunas, línea esta que se mantiene en casi todo el municipalismo decimonónico.

No obstante, la constante oscilación de gobiernos moderados y liberales primero y más tarde conservadores y liberales a principios del siglo XX con la constante modificación del «derecho local», obligó a numerosos Ayuntamientos a una continua adaptación en la toma de decisiones a la regulación de cada momento.

Como norma general la postura adoptada por los pequeños municipios mayoritarios en la época era evitar ese vaivén esquizofrénico de normas, precisamente donde los aspectos de autonomía normativa de carácter político eran los más cambiantes, buscando siempre actuar solamente cuando las circunstancias políticas lo imponían y dejando de actuar en el resto de las situaciones.

No debe extrañar por ello que con el tiempo esa tendencia deviene inevitablemente hacia una despreocupación y desánimo por los asuntos municipales, lo que iba a permitir de facto a los secretarios municipales en los auténticos «gobernantes» de no pocos Ayuntamientos, a pesar de que muchos de ellos únicamente poseían conocimientos de las primeras letras, cuestión que se les exige desde la Ley Municipal de 1877. En la práctica muchos de estos secretarios se limitaban a cumplir las finalidades normativas, a evitar las protestas vecinales y a plegarse en muchos casos a la voluntad autoritaria del cacique local de turno, deviniendo todo ello en un desinterés corporativo por los temas municipales, en una degeneración del sistema municipal en general y en decaimiento de la mayoría de las normas y ordenanzas municipales, copiadas muchas veces de unos ayuntamientos por otros, cuando no en la pérdida del estilo literario con redacciones de Actas deficientes, incluidas faltas de ortografía ⁴.

De igual modo, aspectos diferentes sobre la costumbre pueden observarse en la variada caústica del Derecho Privado, como por ejemplo observamos en las Actas y Ordenanzas municipales de la época referidas a la pormenorización de precios de venta al público de productos reglados por vía municipal, estableciendo que deben incluir todos los gastos de producción, de forma tal que en la práctica el precio devendrá en un punto de referencia para la recaudación de impuestos sobre el consumo, sin perjuicio de que los precios fuesen en teoría libres, como muestran rectificaciones constantes contenidas en muchas Actas municipales de la época.

En realidad, la costumbre, en este como en otros supuestos iusprivatistas, aunque teóricamente es más conservadora porque su configuración fue más

⁴ Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: *El origen del municipio constitucional*, IEAL. Madrid, 1983, *in genere*; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1984, que incluye doctrina de la época, principalmente para una visión inicial de los ayuntamientos constitucionales.

lenta, no obstante y desde el punto de vista económico de la época, es más liberal porque su aplicación es más ágil y la libertad de mercado viene dada, no lo olvidemos, por su agilidad.

En este sentido, la liberalidad viene dada y puede apreciarse en el hecho de que aun tratándose de impuestos sobre el tráfico comercial o mercantil, su concreción, quizás actuando más allá de la propia ley, se deja en manos del propio Ayuntamiento.

Existe además una regulación mercantil atípica en numerosísimas Actas municipales al regular, por ejemplo, los contratos de los guardas de las viñas, que se redactan como un auténtico contrato de obra o servicio, de forma que el precio o salario no se abona hasta que no haya finalizado plenamente la temporada natural de recolección, lo cual daba pie a pensar que existe la posibilidad de desligarse del compromiso dado inicialmente si no hay entrega del resultado, hipótesis real que suponía un claro predominio de las concepciones liberales sobre el libre mercado.

En todo caso, tanto en los movimientos netamente burocráticos de la corporación municipal, como en la mayoría de las Actas consultadas (recordemos que en muchos pueblos no se hace referencia a Ordenanzas Municipales, publicadas o no), cuando se aplica una norma o se toma un acuerdo, la justificación jurídica proviene de «la costumbre de tiempo inmemorial» o «la falta de causa que lo justifique o derecho que lo asista», sin hacer mayor referencia a la génesis de la costumbre.

Asimismo, el evidente predominio de la costumbre sobre el derecho positivo en la esfera municipal se observa también en que en no pocos municipios no se ejerciese en la práctica la potestad de dictar Ordenanzas Municipales (incluso a la altura del año 1908, después, por tanto, de la Ley Municipal), sin perjuicio de que en la vida del municipio existiesen numerosas reglas, pautas de comportamiento o usos consuetudinarios que tenían mucho que ver tanto con el contenido como con los aspectos puramente formales externos de las Ordenanzas Municipales, como se observa allí donde estas se aprueban.

Nota característica de la mayoría de estas «actas municipales» será el que las decisiones se aprueban o toman «por unanimidad», lo que a nuestro modesto entender no significa tanto la existencia de un consenso siempre deseable en las votaciones o debates previos, sino más bien una falta de interés político y administrativo en las discusiones, cuando no un sospechoso alejamiento real de la problemática municipal o desinterés (no exento de ignorancia) hacia los temas jurídicos por parte de los concejales.⁵

Sería un aspecto más que inclina la balanza hacia el lado de la costumbre en la esfera municipal, mostrando claro desprecio a la vez hacia las Ordenanzas Municipales como carga orgánica, en cuanto, por ejemplo, su simple publicación conllevaría el ejercicio y la vigilancia y cautelas de las competencias asumidas.

⁵ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *op. cit. in genere*. POSADA, A.: *El régimen municipal de la ciudad moderna*, Madrid, 1936.

Debemos recordar que lo contrario hubiera supuesto un trabajo intelectual excesivo para unas personas en muchos casos ágrafas o semianalfabetos (cuyo índice sociológico en la España de la época superaba el 30 por 100 en muchas zonas) que a menudo dejaban esa tarea, incómoda para ellos, en manos de secretarios locales anteriores a la extensión de los cuerpos nacionales de administración local.

Realmente, la asunción de competencias o regulaciones exhaustivas no la querían, entre otras razones, además de las indicadas, porque hubiera obligado a poner en manos de las corporaciones locales una gran carga de coactividad apenas respaldada, por otra parte, desde la administración central, muy mermada por los acontecimientos convulsos del siglo XIX y principios del XX.

No les interesaban regulaciones excesivas sino amplios grados de permisividad o dejar hacer, como lo demuestra el hecho, que hemos constatado en muchos pueblos, de que el Ayuntamiento no lograba o no quería impedir constantes roturaciones de terrenos propiedad del común por parte de particulares vecinos del lugar...

Más aún, en ocasiones tal propuesta partía del Alcalde, cuyas propuestas se aceptaban estadísticamente en más del 90 por 100 de los casos, sólo en el 6 por 100 existía algún tipo de debate y en el 4 por 100 restante la oposición era meramente formal y no real ni efectiva.

El predominio del sector agrícola en los pueblos daba patente de curso al alcalde-cacique local, puesto que, por otra parte, no olvidemos que el voto era censitario, con lo que los propietarios locales más pudientes controlaban fácilmente el ayuntamiento en su propio beneficio, común a la mayoría de los miembros del consistorio.

De otra parte, tampoco el conocido interés centralizador del Gobierno central y el poder intermedio emergente de las diputaciones provinciales animaba mucho a la asunción de nuevas competencias o de Ordenanzas Municipales reglamentistas que les encorsetasen, por lo que los «acuerdos» corporativos buscaban constantemente aplicaciones prácticas y soluciones materiales más que fórmulas reglamentistas, razón esta que supone para algunos estudiosos de la materia una creación esencial de derecho a través de la práctica diaria municipal, siendo cierto que en muchos casos suponían auténticos precedentes capaces de crear norma consuetudinaria, por lo que las «actas de sesiones» sobre problemas propios del devenir cotidiano de los vecinos actuaban en la práctica como genuino poder normativo de tales municipios⁶.

Podría afirmarse, y así lo ven algunos autores citados, aunque no todos comparten la afirmación, que el valor de los acuerdos corporativos que hemos

⁶ Vid. al respecto la obra clásica de FERNÁNDEZ T. R. y SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Legislación administrativa española del siglo XIX*. IEA. Madrid, 1977. También POSADA, A.: *Evolución legislativa del régimen local español, 1812-1909*, Madrid, 1910. Sobre los aspectos prejurídicos, básicamente datos demográficos, sociales y económicos, ayudan a comprender el problema los datos que aporta Madoz, P. en su clásico «Diccionario geográfico-estadístico-histórico de España y sus posesiones de Ultramar», edición de la Junta de Castilla y León, Valladolid, 1984.

analizado estriba más que en su contenido específico en lo que puede deducirse e inferirse de su redacción, ya que materialmente son auténticas ordenanzas municipales cuando toman decisiones de carácter general.

Los acuerdos son en muchos casos, pues, un principio de creación de normas que nada tienen que ver con las formalidades de derecho positivo, pero que en realidad suponían auténticos precedentes capaces de crear norma consuetudinaria o no, constituyéndose en todo caso las actas de sesiones en auténticas normas locales, sobre todo a la hora de resolver problemas propios del devenir diario de la vecindad.

Así lo entiende el propio Santamaría Pastor, cuando afirma que en la época el derecho administrativo constituía más que en épocas posteriores o actuales un derecho vivido, en referencia a la propia realidad vital, social y poblacional del entorno más rural que urbano de la época aquí analizada.

Ya dentro de la casuística y a la luz de más de 100 actas o acuerdos municipales consultados, digamos que la mayoría de las sesiones van encaminadas a realizar una labor administrativa genuinamente propia del Secretario, debido a que las diferentes leyes municipales del período otorgaban la casi totalidad de las competencias a los alcaldes y muy pocas a la reunión corporativa, de ahí la unanimidad en la aprobación de los acuerdos, no llegándose con frecuencia a distinguir las materias que eran propias de uno u otra, ni cuáles puramente burocráticas o plenamente ordenadoras de la vida local.

Hay costumbres en no pocos municipios que necesitan para su concreción *ad hoc* la aprobación de la corporación o del ayuntamiento, sin especificar o distinguir a veces entre ambos, otras perduran y se aplican sin más como norma «inmemorial» y sólo subsidiariamente y en caso de incumplimiento interviene el ayuntamiento «a posteriori» en su función sancionadora.

Así, se ven casos de creación de normas por simple derogación fáctica de otras, cuando partiendo de un hecho puntual como «en vista de que éstos no se presentan» surge una resolución nueva «... acuerda nombrar y nombra una comisión...», perfilándose una vez más la costumbre cada vez que se repite un precedente y así sucesivamente.

Pero, como indica el propio Santamaría Pastor, el problema de la costumbre como fuente normativa en el derecho local constitucional (o al menos de los llamados ayuntamientos constitucionales) es su grave carencia de concreción, al actuar sobre ella elementos no objetivables, lo cual conlleva a su vez impedir que las conductas sean controladas en la práctica.

Efectivamente, en unos municipios eminentemente rurales o semiurbanos como eran la mayoría de la época, de escasos vecinos (que origina diferentes grados de personalización del poder), la propia escasez numérica de la comunidad social y jurídicamente organizada, el poder local se personaliza y se deja en manos del alcalde, mientras que en comunidades mayores de población netamente urbanas se abstrae y objetiva más, por la propia intervención de la Diputación Provincial o de la administración central a través del jefe político o gobernador de la provincia posteriormente.

Al ser municipios con pocos vecinos hay menos situaciones de hecho a regular, hay menos problemas, predomina la casuística por la propia esencia de los problemas de ámbito agrícola y ganadero del mundo rural, que en muchas ocasiones propenden a solventarse sólo cuando se plantean empíricamente y con clara improvisación.

Ello conlleva a su vez que la ordenación de la vida municipal no pueda prevenir todas las posibilidades que una situación de hecho pueda plantear, al primar la improvisación, actuando la memoria colectiva del grupo como barómetro consuetudinario, de forma tal que el uso del precedente consuetudinario no está formulado por escrito en muchos casos.

En tal estado de cosas, el ayuntamiento procede a resolver problemas originados por las cuestiones cotidianas de forma más o menos espontánea sin más, lo que, no obstante, resultaba suficiente a menudo por la propia homogeneidad y carácter reducido en número del grupo.

Es por ello que la importancia de las primeras Ordenanzas Municipales «comme il faut» radica en que transforman en derecho positivo dichas pautas consuetudinarias locales más o menos antiguas, posibilitando, como indica Boquera⁷, la desvinculación entre órgano emisor y administrador, lo que de una parte será básico para el surgimiento del Estado de Derecho y de otra origina las prisas del poder central por controlar el texto ordenancioso, cuyo contenido se ve claramente dirigido en los formularios municipales de las futuras ordenanzas, razón por la cual muchas se copian literalmente de ayuntamientos más o menos próximos.

Todo ello ante la apatía y desinterés del vecindario (valga como ejemplo, que hemos contrastado, que casi el 45 por 100 de las sesiones municipales se suspenden por falta de quórum), que observa pasivo cómo los órganos de y desde la administración central empiezan a dirigir más y más sus quehaceres sin contar con una voluntad, tradicionalmente consolidada en sus pautas consuetudinarias.

En cuanto al contenido de las actas municipales, podemos afirmar tras un amplísimo cotejo de las mismas de pueblos y ciudades de más de veinte provincias españolas, que las características formales más relevantes son las siguientes:

Uno. Ausencia de control y desinterés por parte de vecinos y residentes.

Dos. Técnicamente se percibe una confusión entre decisiones administrativas o de gestión propiamente dichas y actos de gobierno o de tipo claramente político.

Tres. Es patente la ausencia de oposición política dentro de la corporación, bien por absorción de la misma tácitamente o bien porque no es plena-

⁷ BOQUERA OLIVER, J. M.: *Op. cit. In genere*, cuya orientación y análisis del problema compartimos, no así el enfoque un tanto artificial y erróneo de Morell Ocaña. *Vid.* también JORDANA DE POZAS, *Derecho municipal*, Madrid, 1924 y GASCÓN y MARÍN: *La reforma del régimen local en España*, París, 1909.

mente operativa aún la alternancia de partidos en la vida local, básicamente en pueblos pequeños.

Finalmente, numerosas actas municipales son materialmente auténticas ordenanzas municipales, aunque formalmente no lo sean, producción normativa que se ratifica por el hecho de que el ayuntamiento sigue asumiendo por la vía de hecho simples acuerdos como ordenanzas municipales, sean de carácter consuetudinario o no, por lo que ratificamos lo expuesto anteriormente, en el sentido de que los acuerdos municipales se convertían en verdaderas normas de carácter general y de aplicación continua en la mayoría de las localidades rurales.

Nos referimos aquí al resumen de ordenanzas municipales de diferentes localidades que se citan a lo largo de este estudio, cuyas citas no incluimos en esta parte sistemática, primero porque materialmente serían de larguísima duración y en segundo lugar porque la mayoría de ellas, incluyendo actos municipales y acuerdos, son coincidentes y reiterativas entre otras razones porque muchas fueron copiadas literalmente unas de otras en pueblos y comarcas enteras, incluso de provincias distintas, limítrofes o no.

Dichas uniformidades, imputables a veces a los Secretarios de los ayuntamientos, que las llevan en sus traslados voluntarios o forzosos y en otras ocasiones debido a la imposición de jefes políticos o gobernadores civiles, que a su vez imponen su contenido a la provincia donde llegan, trasladando literalmente ordenanzas municipales de pueblos de otras provincias donde ejercieron su cargo con anterioridad, cuestión que también hemos comprobado «*in extenso*».

2. ESTUDIO SECTORIAL DE ALGUNOS ASPECTOS DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LOS AYUNTAMIENTOS

Sin la intención de desarrollar aquí en toda su extensión las diferentes regulaciones internas de carácter consuetudinario de los ayuntamientos españoles de la época, y por tanto tan solo con carácter de breve aproximación, se pasa a analizar sucintamente algunas de las competencias municipales en materias propias, algunas de las cuales hemos analizado con más profundidad en nuestra monografía sobre los ayuntamientos constitucionales en España en el período 1876-1924.

2.1 Normas urbanísticas

El sistema administrativo de dotación urbanística municipal sigue normalmente, en su trayectoria consuetudinaria, un procedimiento basado en comunicación previa al ayuntamiento por parte de las diferentes instancias de la iniciativa privada y la consiguiente actuación municipal.

No se dice expresamente, pero de las actas municipales se deduce que es competencia municipal el control en materia de construcciones y obras, tratándose de forma específica las obras ruinosas por su enorme abundancia en la

época bajo la expresión casi uniforme de «haciendo los reparos que sean necesarios hasta quedarlas en estado decente y capaz».

No se observa prácticamente ninguna acta municipal que haga referencia a las competencias del ayuntamiento en materia de demoliciones, bajo la expresión siguiente:

«Por constar ... el mal estado en que se encuentra la casa ... recordándoles la obligación en que se encuentra de arreglarla lo mas pronto posible haciendo los reparos que sean necesarios hasta quedarla en estado capaz...»⁸.

2.2 Locales

Sabemos que normalmente no se cerraban tabernas a la hora reglamentaria y que muchas de ellas estaban con excesiva concurrencia hasta la madrugada. Por tanto se pretendió por parte de los ayuntamientos devolver la tranquilidad y sosiego de que por tal causa los vecinos se veían privados. A partir de entonces, se prohibió la permanencia de individuos desde las nueve de la noche en adelante. La forma consuetudinaria de resolverlo era a través de la conminación de multa de una peseta a los asiduos clientes y de dos pesetas a los dueños de los establecimientos y a los empresarios del sector por incumplir las instrucciones municipales.

También existían otros problemas en relación con otro tipo de locales, como es la falta de condiciones higiénicas en las escuelas. Se llegan a clausurar ciertas escuelas de niñas por faltar las condiciones higiénicas básicas y se ordenó suspender las clases, práctica también consuetudinaria, independientemente de la reglamentación posterior a nivel ministerial, una vez creado el Ministerio de Instrucción Pública, con la que coincide.

2.3 Pastos

Se prohíbe la entrada de ganado en estas extensiones agrícolas, llegándose incluso al acotamiento o veda de los pastos de los terrenos de numerosos municipios. Tal prohibición alcanza también a terrenos particulares sembrados y sus intermedios, aun cuando no lo estén, y a que los infractores de este acuerdo sean castigados con la multa de una peseta por primera vez y de dos cuando sean reincidentes, cláusulas penales monetarias evaluadas *ex novo* en pesetas pero que venían de antiguo como tipo penal del antiguo régimen, si bien lógicamente con otra valoración monetaria.

Vale igualmente, por oportuna, la cita consuetudinaria sobre este tema que suele repetirse en los términos siguientes:

⁸ Para el estudio del urbanismo en la época anterior y propia del estatuto municipal resulta clave la obra de GONZÁLEZ BERENGUER, J. L.: «El Estatuto Municipal y el urbanismo de su época» en *Estudios conmemorativos del cincuentenario del Estatuto Municipal*, IEAL, Madrid, 1975, pp. 479. Las citas entrecomilladas aquí expuestas son aleatorias de diferentes municipios de la época publicadas en nuestro estudio *El gobierno de los ayuntamientos de la provincia de Valladolid (época constitucional)*, Valladolid, 1997, al que nos remitimos, ya que sería prolijo una serie de citas continuadas pueblo a pueblo.

«Respecto al acotamiento o veda de pastos en los terrenos de este Municipio, según costumbre de tiempo inmemorial (...) el Ayuntamiento acuerda que queden vedados (...), acordando asimismo que los infractores de este acuerdo sean castigados con la multa de una peseta, con dos los reincidentes, y con todo el rigor que la ley autoriza a los que por tercera vez falten o infrinjan los acuerdos que por la Alcaldía se harán públicos en la forma acostumbrada para el general conocimiento.»

Por otra parte, respecto al tema de los pastos que fuesen de dominio particular, en Castilla y otras zonas se seguían concretamente seis reglas, a saber ⁹:

1. Que todos los campos de dominio particular, bien fuesen de labrantío o bien de arbolado, se consideraban cerrados y acotados.
2. Que el derecho de patear correspondía exclusivamente a los dueños.
3. En la regla anterior se comprendían tanto los pastos naturales como los industriales.
4. Que los caminos, cañadas y servidumbre legítimas se exceptuaban del acotamiento y cerramiento de las tierras.
5. Era obligación de los ganaderos acreditar la existencia de los títulos en que fundaban los derechos de servidumbre o cualesquiera otros en que apoyasen el de pastear los campos ajenos.
6. Que los ayuntamientos por ningún concepto, ni a pretexto de arbitrios, podían disponer de las rastrojeras, espigas, esquilmos, frutos ni pastos de los terrenos de dominio particular.

En cuanto a los pastos públicos o heredades del común, se establecía el régimen consistente en determinar en qué épocas podían entrar en ellas los ganados, y asimismo, el ayuntamiento mandaba también, especialmente en las dehesas boyales, que se acotasen y guardasen ¹⁰.

Tanto en los pastos de dominio público como de dominio particular, se establecían penas a los transgresores proporcionadas al número de cabezas y su clase, que entrasen a pastar antes del término señalado.

Por otro lado, los alcaldes, como ejecutores de los acuerdos de los ayuntamientos, procedían a la imposición y exacción, ya fuese en virtud de denuncia a instancia de parte, ya por aviso que se les diera a los guardas del campo nombrados por el común de los vecinos.

Todas las disposiciones administrativas en esta materia se tomaban por la municipalidad, en base a que era muy acusada la idea en Castilla y en su derecho, de que se debía vigilar por los intereses de los vecinos del pueblo ¹¹.

⁹ Independientemente de las leyes municipales ya citadas, es obvio que la casuística era enorme en los diferentes pueblos, ciudades y provincias, por lo que es arriesgada esta generalización y obedece a un *maximum* o esquema teórico legal.

¹⁰ Vid. SÁNCHEZ ALBORNOZ, N.: *Los precios agrícolas durante la segunda mitad del siglo XIX*, Madrid, 1975, para los aspectos prejurídicos en general.

¹¹ No es fácil resumir aquí citas *ad hoc*, por ello nos remitimos a nuestro estudio de las Ordenanzas Municipales de Castilla y León, sobre el tema, citado más adelante.

2.4 Roturación

No se nombra ninguna norma escrita o costumbre en la que se sustente la prohibición, observándose por ello una cierta confusión normativa entre antiguas formas consuetudinarias y la nueva normativa constitucional. El único criterio orientativo es el «ser y estado en que antes se encontraban», clara expresión referida a la costumbre.

En algunas ocasiones el ayuntamiento acordaba nombrar una Comisión para que... acoten los terrenos indicados y den cuenta al ayuntamiento para que «... orde- ne a los intrusos dejen aquellos en el ser y estado que antes se encontraban».

Se observa con frecuencia la siguiente referencia consuetudinaria, que define claramente la realidad cotidiana en esta materia en numerosos municipios rurales: «Algunos vecinos de la localidad vienen roturando, sin causa que lo justifique ni derecho que los asista para llevarlo a efecto, varios terrenos del común situados en diferentes pagos de esta jurisdicción, causando graves perjuicios a la ganadería en general, por privarla de este modo de los escasos pastos con que en la localidad se cuenta para el sostenimiento de la misma ... el ayuntamiento (...) acuerda nombrar y nombra una comisión (...) para que (...) acoten los terrenos indicados y den cuenta al Ayuntamiento para que (...) orde- ne a los intrusos dejen aquellos en el ser y estado que antes se encontraban».

2.5 Caza y pesca

En cuanto a la caza, se intentarán derogar poco a poco las pautas del viejo derecho consuetudinario de permitir sin más la caza en fundos de propiedad particular (siempre que no se hallasen acotados), por lo que el legislador tratará de aplicar la defensa de la propiedad privada.

Concretamente, en Burgos, Ávila, Palencia, Salamanca, Segovia, Soria, Valladolid, Zamora y León, en las tierras que no fuesen de propiedad particular no se podía cazar desde primero de abril hasta primero de septiembre ¹².

Generalmente se prohibía la caza en días de nieve, excepto animales dañi- nos tales como zorros, lobos, hurones o aves de rapiña destructivas.

En cuanto a la pesca se aplicaba genéricamente la legislación civil general, cuando esta existió. No obstante, la tardía promulgación en España del Código Civil originó en este tema, como en otros, un vacío legal ocupado a menudo por muy diferentes derechos consuetudinarios locales o a veces aplicando la analogía, como el caso de dueños de lagunas o charcas cerradas, que venían a ser consideradas analógicamente como terrenos propios. Los particulares o aquellos que por cesión de los mismos tenían derecho a cazar en los estanques o lagunas que, aunque amojonadas, se hallasen en tierras abiertas, no podían

¹² Nos remitimos en este punto, como en otros de esta cuestión, a las Ordenanzas Municipales de los pueblos y villas de Castilla y León que avalan este estudio. No obstante, en las fechas de veda, como en tantas otras cuestiones, la casuística era común y difícil de sistematizar, sin perjuicio de ciertas pautas más o menos comunes. Vid. MERCHÁN FERNÁNDEZ: *El gobierno de los ayuntamientos de la Provincia de Valladolid (época constitucional)*, Valladolid, 1997, que incluye Ordenanzas de más de 20 municipios de la época.

pesca en ellas usando venenos o cualesquiera otras materias que infectaran las aguas, en términos que hubieran de perjudicar a las personas o animales domésticos que se acercasen a beber en ellas, porque el derecho de dominio no debía hacerse extensivo hasta el extremo de ser perjudicial a los demás, sin necesidad ni utilidad general.

Encargados de entender y juzgar las infracciones de caza y pesca eran los alcaldes.

2.6 Labores de policía

Entendiendo el concepto «Labores de policía» (*sic*) siguiendo la propia expresión utilizada en la mayoría de las actas municipales, por tanto en un sentido genérico y *sensu lato*, porque en otro punto se recogen los conceptos más concretos de «Policía urbana» y «Policía rural», se indica así una cierta potestad indefinida o poco definida del alcalde para corregir o castigar determinadas faltas cometidas en el término municipal sobre temas diversos, tal y como se recoge en citas como la siguiente:

«Siguiendo la costumbre de anteriores años y toda vez que en esa época pueden cometerse algunos abusos en las viñas por haberse iniciado la madurez de su fruto, se estaba en el caso de evitarlos nombrando personas en número suficiente para conseguirlo y designando a cada una el pago de cuya custodia deberá encargarse y el día en que deberá dar principio de la citada guardería»¹³.

2.7 Ferias y mercados

Una de las competencias de los alcaldes era la de velar por que en los pueblos cuyas circunstancias así lo exigían, se establecieran mercados fijos y periódicos de venta de artículos de primera necesidad.

En estas ferias no podían llevarse a vender, bajo multa pecuniaria y declaración en comiso si eran defectuosas, las alhajas de oro, plata o pedrería.

En lo relativo a la duración de las ferias, debían los jefes políticos procurar enterarse de cuantos extremos se creyeran necesarios para que pudiera recaer la resolución con acierto, teniendo siempre presente que, aunque las reuniones de este género eran ventajosas al comercio, por cuyo motivo debían promocionarse, también, si se prolongaban demasiado, entretenían la ociosidad de los vecinos con perjuicio del trabajo y detrimento de la industria.

2.8 Fiestas patronales

Esta es una regulación que muestra el proceso de creación de una norma municipal a través de un precedente consuetudinario, que luego se transforma en precepto administrativo. De hecho, en el período analizado, no volverá a

¹³ Sobre las labores de policía rural, seguridad ciudadana y otros aspectos aquí tratados de la época *vid.* MERCHÁN FERNÁNDEZ, C.: *Los Ayuntamientos Constitucionales en España (1876-1924)*, Madrid, 1996, pp. 158 a 167.

hacerse referencia a la cuestión tratada en las sesiones anteriores, como norma general recogida en muchas actas municipales. Sobre esta materia, el ayuntamiento asume una competencia que hasta ese momento no era suya. Materialmente, estamos ante la creación de una auténtica Ordenanza Municipal, que formalmente no lo es.

Valga como ejemplo esta oportuna cita de un municipio rural del año 1906 con motivo del patrono de la localidad:

«Del resultado ofrecido por la entrevista celebrada en este día para tratar asuntos referentes a la próxima festividad de San Laureano, patrono de la mencionada villa, con los jóvenes de la localidad y el ayuntamiento en vista de que éstos no se prestan como en años anteriores a buscar y a ajustar dulzaineros que concurren a dicha función (...) se acuerda nombrar y nombra una comisión (...) para que a la mayor brevedad (...) tengan por conveniente ajustar y tratar de las condiciones en que puedan encargarse de los bailes, dianas y demás *que sea costumbre* en los días dedicados a la memoria del repetido patrono.»

2.9 Entrada en heredades ajenas

Debido a los frecuentes abusos que se cometían y daños que se ocasionaban en los sembrados, se acuerda por lo general prohibir la entrada a cortar cardos o malas hierbas en heredades ajenas y dejar sueltas las caballerías que se llevan al campo en los siguientes términos:

«... acuerda prohibir la entrada a cortar cardos en heredades ajenas y dejar sueltas las caballerías que se llevan al campo y que los infractores de este acuerdo sean castigados con la multa de una peseta y con todo rigor de ley los reincidentes (...) también sean castigados los que se proponen a pescar en heredades ajenas y por los medios que también se expresan, con la misma multa que los anteriores, debiendo la alcaldía hacerlo público según costumbre, para que llegue a conocimiento de todos los habitantes estos acuerdos y ninguno pueda en su día alegar ignorancia.»

2.10 Suspensión de sesiones ordinarias del ayuntamiento

Esta normativa viene marcada por las tareas que debían realizarse en esta época en el campo. Se entiende que eran muchas las ocupaciones particulares y que por tal motivo se interrumpiera el periodo de sesiones municipales en los consistorios.

Se reitera en numerosas actas y sesiones que era un lugar común en la vida municipal del principio del siglo XX suspender sesiones ordinarias del ayuntamiento, sobre todo en los meses de verano debido a las faenas de recolección «según era costumbre», con expresiones del consistorio como la siguiente:

«Acuerda se suspendan hasta que las faenas de recolección desaparezcan, toda vez que en la época presente no existen asuntos municipales que exijan inmediata resolución y que si en el transcurso de esta suspensión se presentase alguno de cumplimiento inmediato o urgente, por parte de la corporación se

convoca por el señor Alcalde presidente la oportuna sesión extraordinaria, debiendo convocar asimismo para reanudar las ordinarias, tan luego hayan desaparecido o se hayan así vencido las indicadas recolecciones, o lo pida la mitad mas uno de los concejales que en la actualidad constituyen el repetido ayuntamiento.»

Estamos aquí de nuevo ante un claro ejemplo de antecedente consuetudinario en el derecho histórico español, que se remonta al siglo xv y que es el denominado sistema de «mitad más uno» contrastado en numerosos ayuntamientos castellanos y estudiado monográficamente para el concejo segoviano de El Espinar por González de Sansegundo.

2.11 Arrendamiento o venta de bienes o derechos municipales. Derechos de consumo

La importancia de esta regulación, por su extensión y contenido, a pesar de que recoge aspectos procesales y administrativos regulados por normas jerárquicamente superiores, reside en la ordenación de un buen número de materias mercantiles, conectadas a su vez con aspectos fiscales ¹⁴.

Esto se refleja en numerosas disposiciones de esta época, como la que se recuerda a continuación:

«Las bases o condiciones que han de constituir el pliego (...) para el arriendo a venta libre de los derechos de consumo y recargos correspondientes a las especies comprendidas en todos y cada uno de los grupos que abraza la tarifa oficial, para el próximo año de mil novecientos siete. (...) Se fijaron las catorce condiciones...»

Importa destacar aquí el procedimiento seguido por el ayuntamiento en los casos de arrendamiento o venta de bienes o derechos municipales, no solo sobre derechos de consumo sino también sobre otros, para lo cual se seguía un pliego de condiciones mitad consuetudinario, mitad respetuoso con el ya vigente Código Civil y en parte también condicionado lógicamente por la normativa específica.

Por su importancia y porque dicho modelo de pliego de condiciones solía repetirse sin apenas variaciones en numerosos municipios, actuando casi como formulario, se incluye aquí en sus apartados más importantes, sin perjuicio de que solo aparezcan aquí citados algunos municipios:

Pliego de condiciones:

1. El Arrendatario a que se refiere este pliego será por todo el expresado año y por las especies que también quedan especificadas.
2. La subasta para su adjudicación se celebrará públicamente en las Casas Consistoriales ante la respectiva Comisión del Ayuntamiento y previos

¹⁴ Ver *ibidem*, pp. 73 a 91, cap. 7, sobre las actividades económicas de las Entidades Locales.

los anuncios correspondientes al día veinticuatro del actual y primero de Diciembre y hora de las diez hasta las doce, por el sistema de pujas a la llana, sirviendo de tope la cantidad de tres mil treinta y dos pesetas con sesenta y tres céntimos que importa el encabezamiento de las especies a que se contrae, aumentado en un 3 por 100 para cobranza y conducción y en un 100 por 100 para recargos municipales autorizados, según el estado o presupuesto que aparece inserto al folio del expediente. Si durante la primera hora no se hicieren proposiciones por todos los ramos reunidos, se admitirán en la segunda las parciales que se produjesen respecto de cada uno de aquellos, bajo el tipo que respectivamente tienen señalado en dicho presupuesto.

3. Los precios a que el arrendatario podrá vender al por menor las mencionadas especies teniendo en cuenta las circunstancias y gastos determinados en el artículo 74 del reglamento, no excederán de los que respectivamente se fijan en la siguiente.

4. No podrá el rematante ni las personas por él autorizadas vender carnes muertas de corderos en los meses citados.

5. Los precios señalados en la tarifa anterior se rebajarán o aumentarán en los meses que por las circunstancias lo aconsejen, previamente acordado por el Ayuntamiento; no pudiendo en ningún caso el rematante vender vino de Tubilla de Lago y Baños de Valdeharados más que en los meses de enero, febrero y marzo; pudiéndolo expender en los mismos meses de Gumiel de Hizán, Gumiel de Mercado y Quintana del Pidio, siendo obligatorio hacerlo de estos tres últimos pueblos en los restantes del año.

6. La venta de especies en cantidad inferior a seis kilogramos o litros, solo se verificará por el arrendatario y por quien obtenga su consentimiento por escrito. Pero no podrá impedir la venta en iguales cantidades a los cosecheros y fabricantes por el producto de sus cosechas y fabricación, siempre que cada uno lo verifique en un solo local.

7. Los vecinos y forasteros podrán hacer ventas desde seis kilogramos o litros inclusive en adelante bajo los preceptos del reglamento.

8. El arrendatario queda obligado a tener el surtido necesario de las especies para el consumo de la población, y si no lo hiciera podrá verificarlo el Ayuntamiento a costa suya.

9. En la primera subasta serán admitidas las proposiciones que cubran la cantidad o el precio que sirven de tipo, aceptando los precios de venta, y serán consideradas como mejoras las que cubran el tipo y rebajen los precios y las que sobre cubrir el tipo y rebajar los precios hagan otras concesiones beneficiosas al vecindario.

En caso de hacerse postura admisible se adjudicará el remate sin ulterior licitación.

10. Si en la primera subasta no se verificare el arriendo por falta de licitadores o de proposiciones admisibles, se rectificarán los precios de ventas, anunciándose, con expresión de esta circunstancia, la segunda subasta, que tendrá efecto a los ocho días, procediéndose, respecto a la admisión de pujas, como expresa la condición anterior.

11. Si en la segunda subasta no se verificara tampoco remate, se anunciará y celebrará la tercera, sirviendo de tipo el importe de las dos terceras partes de la anterior, y la adjudicación se hará en favor de las proposiciones o pujas que mejoren el tipo.

12. El rematante deberá ingresar en la Depositaria municipal, por trimestres adelantados, la quincena del primer mes de cada año, el importe del remate, respondiendo de los perjuicios que por su morosidad y falta de pago cause al Municipio.

13. El mismo rematante prestará fianza en persona de prestigio, honradez y con bienes suficientes a responder del importe total del remate y a satisfacción del Ayuntamiento.

14. Los gastos de papel, escritura y demás que se originen con motivo de este contrato serán de cuenta del arrendatario.

15. Las especies no expendidas por el arrendatario y destinadas al consumo local adeudarán a favor de dicho arrendatario conforme al gravamen señalado a las mismas para la respectiva base de población en la tarifa oficial vigente, aumentando en el ciento por ciento de recargo municipal.

16. Dicho arrendatario quedará obligado a recaudar los derechos y recargos que puedan por las leyes establecerse sobre especies que, siendo peculiares de su contrato, hoy no estén comprendidas del impuesto, por la cantidad en que por ellas se acuerde, el cupo de la población y la que por recargos corresponda en proporción en su tanto por ciento.

17. Para tomar parte en la subasta es circunstancia precisa la de constituir previamente en la forma dispuesta por el artículo 90 del reglamento una cantidad en metálico equivalente al 5 por ciento del tipo señalado al ramo o ramos que la proposición abrace, cuyas sumas, aprobado que sea el remate, se devolverán íntegras a los interesados que no hubiesen sido favorecidos en la licitación y se reservará la correspondiente al individuo en cuyo favor se hubiera hecho la adjudicación hasta tanto que preste la fianza necesaria, y de no verificarlo, perderá aquel depósito, quedando su importe en beneficio de los fondos municipales.

18. Este contrato, que deberá ser remitido a la aprobación de la Superioridad, se recibe por el rematante a suerte y ventura y sin derecho por lo tanto a rebaja ni perdón de la cantidad en que fuese adjudicado.

19. De los moradores del casco, radio y extrarradio tendrá derecho dicho arrendatario a recaudar conforme a los cupos que en el estado obrante al folio del expediente se determina, sujetándose para ello al procedimiento marcado en el capítulo 20 del precitado reglamento de 1889.

20. El propio rematante queda obligado a satisfacer al Ayuntamiento la cantidad de doscientas pesetas para arreglo o construcción de un local destinado a fichero y despacho de especies, debiendo efectuar la entrega en la Depositaria municipal, con quince días de anticipación, cuando menos, a la fecha en que se haya de posesionar del cargo, siendo de su cuenta y riesgo los gastos y perjuicios que por incumplimiento de esta condición pueda originarse a este Municipio.

21. El rematante no percibirá derecho alguno por las cabezas de ganado vacuno, lanar, cabrío, de cerda o de cualquiera otro que por enfermedad muriese o hubiera necesidad de sacrificarlo, por no tener remedio la enfermedad de que adolezcan, aun cuando por estar en buenas condiciones se destine al consumo.

22. El local que haya de servir de depósito y (despacho) de especies destinadas a la venta pública, habrá de tener dos cerraduras de diferente construcción y engrane y una de sus llaves quedará en poder del rematante para que desde él y dispuestas en forma conveniente pueda efectuar las ventas, quedando la otra llave en poder del encargado que de su seno nombre el Ayuntamiento.

23. La propia Corporación se reunirá una vez al mes para acordar las alteraciones que deben sufrir en el siguiente, ya en alta o bien en baja, el precio de las mencionadas especies, cuyos acuerdos serán comunicados al rematante y a los cuales debe ajustar las ventas.

2.12 Seguridad ciudadana

Al no existir todavía en la época cuerpos estatales de seguridad, tal y como hoy les conocemos, la corporación municipal actúa en esta materia solo a falta de mecanismos estatales de seguridad, en un momento en que predominan criterios de la doctrina liberal que otorgan al Estado un papel subsidiario en lo referente a la libertad individual y a la seguridad ciudadana.

Es por ello que numerosas actas municipales de principios del siglo xx recogen aspectos de seguridad ciudadana indirectos en referencia, por ejemplo, a los riesgos inherentes a espectáculos públicos, corridas de toros, etc.¹⁵

Lo mismo puede predicarse respecto al control de los establecimientos públicos, cuestión que forma parte del concepto que hoy denominamos policía de seguridad o policía urbana, cuestión que en las actas municipales se observa cuando contemplan la labor de seguridad en sentido negativo, es decir, se admite cierta permisividad en los horarios de cierre de establecimientos, ruidos, abusos, etc., siempre y cuando estas actitudes no molesten al vecindario, no existiendo una prohibición taxativa, sino más bien el simple control por el propietario del comportamiento de las personas que se encuentren en su local.

Es de destacar la regulación de estos temas «según costumbre» en clara referencia al orden público, observándose una general pervivencia de la costumbre con aspectos relativos a la moral y los usos sociales, cuestiones que quedan bajo el castigo o no de lo que denominaríamos conciencia social.

Es por ello que la «intrusión» del poder público en esta materia sólo se justifica por razones de seguridad pública, y por este motivo, y dado la escasa la autoridad que poseían los cargos municipales en los pequeños municipios, la intervención municipal se limitaba a «recordar la obligación según costumbre».

El sistema de resolución de problemas puntuales en esta materia realmente apenas si funcionaba precisamente por la falta de normas generales orientado-

¹⁵ Vid. *ibidem* pp. 150 y ss., especialmente lo referente a la regulación de la materia en la Ley Municipal de 1877, artículos 74 al 76.

ras, hasta el punto de que apenas se contemplan en las Ordenanzas Municipales, si bien lo que en algunos municipios era un conjunto de normas imperativas que realmente otorgaba capacidad coactiva a las corporaciones, en otros muchos apenas existían escasas resoluciones administrativas, a las cuales les faltaba a veces incluso la fuerza de la costumbre.

De otra parte, la mayoría de los pequeños municipios rurales no tenían apenas problemas mayores referentes a lo que hoy denominamos orden público, por lo que para cualquier pequeña localidad resultaba suficiente en materia de policía o seguridad una vigilancia discreta de los viñedos y sembrados con cargo al municipio, especialmente a los primeros, como se desprende de los datos del Diccionario Geográfico de Madoz, debido a que el cultivo de viñedos era escaso a la vez que vital en no pocos municipios.

De modo análogo se perciben ciertas pautas consuetudinarias referentes a seguridad ciudadana relativa a salubridad e higiene, sacrificio de reses, comercialización de carnes y bebidas de la época.

En lo referente a seguridad sanitaria no se mencionan competencias municipales sobre el ejercicio profesional en la localidad de profesionales como el médico, farmacéutico o veterinario, no observándose aquí lógicamente referencias a la costumbre, actuando en su defecto el propio código deontológico como orientador de las actitudes profesionales.

Se observa también la costumbre viva en temas de policía o seguridad rural, materia sobre la que existía una actitud bastante permisiva o laxa del sistema ordenador del municipio, observándose en algunos casos que la prescripción se traduce en costumbre.

Otro aspecto importante de la seguridad ciudadana lo constituye la guardia rural, figura atípica que no obstante existe en numerosos municipios rurales de la época, que contemplan el cargo de uno o varios guardas rurales que se vinculan en su relación laboral con el propio municipio.

A la luz de la documentación municipal se trata de un cargo temporal ejercido por vecinos seleccionados entre quienes lo solicitan y cuyo salario es costeadado en unos casos por los propios vecinos en sistema de comandita, mientras que en otros casos corre por cuenta del presupuesto municipal, al considerar el ayuntamiento que este servicio afecta al interés común y la corporación debe fomentar y custodiar los intereses de la comunidad ¹⁶.

La labor de vigilancia de esta figura municipal hunde sus raíces consuetudinarias en numerosos municipios castellanos de la Edad Media, tal y como estudiamos en nuestro trabajo sobre la relación laboral y sus características en los fueros extensos castellanos leoneses de los siglos XII y XIII ¹⁷.

Realmente su función abarcaba varias áreas (vigilancia de mieses, control de viñedos, vigilancia de ganado extraviado, etc.) si bien la función que más justifica su creación por muchas corporaciones en el siglo XIX se debía a la

¹⁶ *Vid. ibidem* pp. 154 y ss., especialmente las pp. 159 y 160 donde se recogen los aspectos de policía urbana y rural de la Ley Municipal de 1878, artículos 72 a 74.

¹⁷ MERCHÁN FERNÁNDEZ, C.: La relación jurídico laboral en los fueros extensos castellano leoneses (siglo XIII), en *Revista de Estudios Laborales*, Madrid, 1976.

insana costumbre demasiado arraigada en muchos vecinos de «venir roturando» en beneficio propio y privativo antiguos terrenos del común o bienes de propios municipales.

Independientemente del aspecto delictivo de tal actuación, constitutiva de clara apropiación indebida, tales actitudes causaban «graves perjuicios a la ganadería por privarla de este modo de los escasos pastos del común», lo que originaba tensiones graves en numerosos pueblos castellanos entre los agricultores y los ganaderos, de donde la necesidad de intervención municipal.

La prohibición de no roturar terrenos del común fue en muchos casos la justificación que se observa en las actas municipales para crear la figura del guarda rural, con cargo a las arcas locales, bajo el planteamiento de que el ayuntamiento debe proteger intereses que afecten a una gran mayoría de la colectividad, y por esta razón, en lugares donde predomina la actividad agrícola y ganadera, deberían hacerse cumplir las normas locales sobre pastos, terrenos y caminos, como elementos importantes de la economía local.

Por esta razón, numerosas actas municipales, si bien reconocen pautas consuetudinarias de origen medieval en las roturaciones de terrenos del común, no obstante, ni siquiera mencionan la costumbre como legitimadora de tales actuaciones, porque en su escala de valores «basta con que no haya causa que lo justifique o derecho que lo asista» que haga primar una posesión privada sobre un bien común para que la corporación intervenga.

La función de estos guardas rurales era también extensiva a la vigilancia consecuente de la prohibición de entrada en «arroyos de todos los terrenos sembrados» y «terrenos particulares sembrados y sus intermedios aun cuando no lo estén», puesto que su función no se limitaba a proteger los frutos o cauces sino mas bien la propiedad privada, justamente en unos momentos de sacralización de la misma, a raíz de las teorías liberales imperantes en la época.

No suele hacerse referencia solo a la prohibición en época de siembra, ni siquiera porque hay que entender que así es, sino que se vincula al respeto a la propiedad privada, incluso si lo extraído son «cardos o malas hierbas», como se indica en actas municipales, porque, independientemente de los posibles daños causados a los sembrados, se mantendría la prohibición incluso con consentimiento del dueño (si bien no se menciona expresamente esta posibilidad) porque la legitimación de la multa o sanción administrativa de carácter municipal deviene de la propia potestad del ayuntamiento en su jurisdicción¹⁸.

Se considera, finalmente, que la imposición de decisiones municipales en forma de sanciones a los infractores viene empujada por arcaicas pautas consuetudinarias en tal sentido, que hunden sus raíces incluso en los viejos fueros municipales de la Edad Media y que se mantienen en pleno siglo XIX en numerosos ayuntamientos constitucionales¹⁹.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ MERCHÁN FERNÁNDEZ C.: *Los Ayuntamientos Constitucionales...* pp. 150 ss., apartado sobre las ordenanzas y reglamentos municipales en la época contemporánea, especialmente sobre el denominado deber de ordenanza municipal sobre determinadas competencias propias.

3. ORDENANZAS MUNICIPALES

3.1 Aspectos generales

Antes de proceder al estudio de las Ordenanzas, es necesario determinar qué se entiende por Ordenanza. Es necesario precisar previamente que no siempre se le ha dado a la palabra el mismo significado. En la Edad Media y Moderna se entendió por la palabra ordenanza tanto las órdenes emanadas del Rey para la organización administrativa del Estado, como para las villas y ciudades.

De esta forma, las ordenanzas (también ordenamientos), de la misma forma se referían a las normas dadas por un Concejo como por el Rey.

Otro aspecto es la alusión de la palabra ordenanza para referirse a los estatutos predominantemente castrenses. Uniendo ambos significados, local y militar, se definen las ordenanzas como «Ley o Estatuto que se manda observar, y especialmente, se da este nombre a las que están hechas para el régimen castrense y buen gobierno de las tropas, o para el de alguna ciudad o comunidad»²⁰.

En su acepción local, entendemos por ordenanza una serie de órdenes encaminadas a regular la convivencia de una comunidad. Esta serie de normas o preceptos que suponen las ordenanzas pueden tener como objeto la ordenación total de la población en su conjunto o bien la reglamentación de una parte o materia concreta.

En resumen, tenemos ordenanzas generales que afectan a los principios que inspiran la convivencia de toda la villa o de parte de ella, pero también existen ordenanzas sobre otros aspectos.

Por otra parte, es una necesidad y a la vez una obligación de toda Corporación Municipal procurar por todos los medios posibles, y siempre dentro del límite de sus atribuciones, que la gestión de gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos que por las leyes les están encomendados se hagan reales y efectivos.

Para el exacto cumplimiento de estas obligaciones, es de indispensable necesidad que haya una ley, que ajustada a las condiciones de cada localidad, permita a administradores y administrados atenerse a lo que en ellas se disponga, de tal manera que es imprescindible que en cada localidad se dicte una norma que contemple esos caracteres, la cual pase a denominarse Ordenanza Municipal, sin la cual no se comprende una buena policía urbana ni rural, base del régimen municipal, ni quedan garantizados la seguridad personal, el orden, la salubridad, el ornato ni el bienestar del vecindario.

En este sentido, podemos afirmar que las Ordenanzas Municipales acomodadas a las necesidades de la localidad son el código fundamental de los Municipios donde se consignan las disposiciones que han de observarse y donde se señalan las penas en que incurrir los contraventores.

²⁰ *Vid. Primer Diccionario General Etimológico*, publicado por RAL.

3.2 Regulación de las Ordenanzas Municipales

Es difícil resumir en un corto título todas las peculiaridades y características del período comprendido entre los años 1876 y 1924. Son varias las situaciones políticas que se comprenden y mucho el tiempo transcurrido como para que pueda haber una homogeneidad total.

La ley municipal de 28 de agosto de 1870 intenta caminar en un sentido descentralizador que inspira el espíritu de esta ley.

El esfuerzo reformador se centra en el tema de las atribuciones de los Ayuntamientos, colocándose una serie de materias bajo la rúbrica de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos, materias disciplinadas a través de sus Ordenanzas Municipales, entre las que aparecen la policía urbana y rural, o sea, cuando tenga relación con el buen orden y el mantenimiento de los servicios municipales establecidos, cuidado de la vía pública en general y limpieza y salubridad del pueblo.

Las Ordenanzas Municipales son ahora objeto de consideración aparte. Se encuadran en artículos propios al margen de las largas enumeraciones de las actuaciones de las leyes pasadas, y en este sentido parece que se sustantiviza el Derecho Municipal y se reconoce a nivel legal su función primigenia: medio auxiliar de cumplimiento de unos servicios, racionalización del futuro actuar municipal.

En este marco de referencia, se considera al Municipio como la primera y más sencilla sociedad política, de manera que, en arreglo y ornato de una ciudad, nadie manda sino la ciudad misma. A ella corresponde, a través de lo dispuesto en las Ordenanzas Municipales, abrir zanjas, calles y plazas y dictar en toda clase de obras las reglas que exija la seguridad y la higiene; en dichas Ordenanzas se establecen la organización de mercados y lonjas para el comercio. A ellas corresponde determinar la traída y reparto de las aguas, las fuentes y abrevaderos, las acequias para el riego; disponer paseos y arboledas y ordenar las fiestas y espectáculos; organizar la beneficencia y la justicia y facilitar los medios de enseñanza, así como crear cuantos servicios reclame la salubridad de los habitantes; procurar la paz por la fuerza pública así como determinar sus gastos y recaudar tributos para cubrirlos.

Por lo tanto, temas realmente importantes que se atribuyen en exclusiva al municipio en esta época son todos aquellos relativos a higiene, ornato, urbanismo y orden público, cuya disciplina se lleva a cabo a través de las Ordenanzas Municipales.

Fracasada la República, se inicia el largo período de la Restauración, que en materia municipal también será el período más largo de vigencia de una Ley local. Este período comienza con la rectificación de errores del período anterior comprendido entre 1868 y 1874. Esta rectificación se ve reflejada en la Ley de 16 de diciembre de 1876, que ordena que siga rigiendo la de 1870 con algunas reformas que afectan directamente al tema de las Ordenanzas Municipales.

La ley definitiva de la Restauración será la de 2 de octubre de 1877, que extiende su vigencia hasta la dictadura de Primo de Rivera.

La regulación de las ordenanzas en la Ley de 1877 plantea tres cuestiones básicas, estudiadas fundamentalmente por Boquera Oliver:

- **Ámbito de poder de la ordenanza:** Éstas serán desde la ley de 1877 «de policía urbana y rural», entendiéndose por ambas cuanto tenga relación con el buen orden y vigilancia de los servicios municipales establecidos, cuidado de la vía pública en general y limpieza, higiene y salubridad del pueblo (Artículo 72)²¹.

Teniendo en cuenta el momento político de su promulgación, que responde a un marcado carácter liberal, no es de extrañar que el papel asignado a la administración mediante las ordenanzas, sea fundamentalmente «de policía» en su sentido más estricto, es decir, garantizar la seguridad ciudadana «*in genere*» desde la administración local.

- **Titularidad y procedimiento para la elaboración de Ordenanzas Locales:** En cuanto a la titularidad del poder de ordenanza, se subordinó totalmente la eficacia de las ordenanzas locales a la voluntad de la Administración Central, de modo que la «titularidad municipal del poder de ordenanza era más aparente que real», a pesar de que en su artículo 74 se diga que corresponde a los ayuntamientos la «formación de las ordenanzas», toda vez que ya en el artículo 76 y otros se remite siempre, en caso de desacuerdo entre el poder local y el central, al dictamen del Consejo de Estado, controlado desde y por el Gobierno Central.

- **Límites del propio poder de ordenanza:** En cuanto a los límites del poder de ordenanza, se declara muy expresivamente que no podrán contravenir a las leyes generales, que deben ser respetadas tanto en su vertiente jurídico-formal como por su mayor jerarquía.

No obstante, las ordenanzas municipales podrán ser desarrolladas por Reglamentos y demás disposiciones administrativas al uso, para una mayor eficacia, pero siempre bajo la idea de que «las Ordenanzas constituirían la capa superior de las normas generales emanadas de los Ayuntamientos. A ellas quedarían sometidos los reglamentos y disposiciones municipales, así como los actos singulares de los órganos municipales».

En las Ordenanzas Municipales, equivaliendo este vocablo a ley municipal, se refleja una cierta tendencia a determinar todo lo que puede hacer un municipio, con lo cual se excluye todo lo demás.

En este tema existe en los Ayuntamientos de la época una uniformidad que implica que todas las disposiciones emanadas del Ejecutivo tendentes a determinar las condiciones de la vida de dichos municipios, no a regularla, se aplican de igual suerte a todos, a los grandes y a los pequeños, lo mismo a los urbanos que a los rurales.

Uno de los intentos más serios de reforma de la legislación, en general, que se dieron en esta época y que afectan de lleno al tema del enjuiciamiento de las Ordenanzas Municipales es el producido por la Ley de 13 de septiembre de 1888, llamada comúnmente Ley Santamaría de Paredes.

²¹ BOQUERA OLIVER, J. M.: «La regulación de las Ordenanzas en el Estatuto Municipal de 1924», en *Estudios Commemorativos del Cincuentenario del Estatuto Municipal*, publicado por el INAP, Madrid, 1975 (desde ahora ECCEM), pp. 419-432. Trabajo este del profesor Boquera que no escatima esfuerzos en analizar los antecedentes del Estatuto de Calvo Sotelo, incluso de fines del XIX.

En virtud de esta Ley, no se va a permitir, respecto a las disposiciones de carácter general, otra cosa que lo que hoy llamamos recurso indirecto, recurso contra el acto de aplicación de la disposición, basándose en la ilegalidad de ésta.

Ello supone, por tanto, la aceptación de un principio de recurribilidad directa de los reglamentos de la administración dictados en ejecución de Ordenanzas, dentro de los cuales estarían encuadrados los locales.

3.3 Municipalización de los servicios

Pasando ahora al tema relacionado con la municipalización de los servicios, citaremos las líneas básicas por las que se decantaron las Ordenanzas Municipales de los municipios españoles desde 1876 a 1924 en orden a la regulación de las facultades que tenían atribuidas, partiendo de un *maximum* modelo:

- * Secaderos de maíz y depósitos de este grano.
- * Establecimiento y venta de plántulas y viveros de vides y otras plantas arbóreas y frutales.
- * Construcción y explotación de panaderías normales, al objeto de impedir el encarecimiento del precio del pan.
- * Construcción y explotación de mataderos.
- * Construcción y explotación de baños y lavaderos públicos.
- * Construcción y explotación de mercados públicos.
- * Limpieza pública y extracción de inmundicias de las casas.
- * Fabricación y venta de hielo.
- * Producción y distribución de fuerza motriz, hidráulica y eléctrica, y construcción de las instalaciones correspondientes.
- * Construcción de acueductos y fuentes y distribución de agua potable.
- * Construcción de albañales y utilización de las materias fertilizantes.
- * Construcción y explotación de redes telefónicas en el término municipal.
- * Establecimiento y explotación de farmacias.
- * Servicio de ómnibus, automóviles y demás medios similares que desarrollen las comunicaciones públicas en el territorio municipal.
- * Transportes fúnebres, con privilegio de exclusivo, excepción hecha del transporte de socios de congregaciones, cofradías y otras asociaciones formadas con tal fin y reconocidas como entidades morales.
- * Construcción y explotación de asilos nocturnos.
- * Publicidad con carteles, con derecho de exclusiva, exceptuándose los manifiestos electorales y los actos de la autoridad pública.

No obstante, en la inmensa mayoría de las ocasiones estas aspiraciones no se llevaron a la práctica por la falta de dotación de medios económicos a los Ayuntamientos ²².

CARLOS MERCHÁN FERNÁNDEZ

²² MERCHÁN FERNÁNDEZ, C.: *Los Ayuntamientos Constitucionales en España (1876-1924)*, Madrid, 1996, *op. cit in genere*.

Los bienes públicos: Formación de su régimen jurídico*

SUMARIO: I. Preliminar.—II. Las cosas públicas en el Derecho romano y en el Derecho de la Recepción: 1. *Res publicae, res communes omnium* y *res universitatis* en el Derecho romano; 2. Las cosas públicas en el marco del Derecho de la Recepción: A) La incorporación de la división romana de las cosas comunes a los derechos bajomedievales y la aparición de la idea del patrimonio de la Corona: a) Cosas comunes: bienes de titularidad comunal; b) Bienes de la Corona. B) La reducción de las cosas comunes a dos categorías: dominio de la Corona y dominio municipal.—III. Dominio público o nacional y dominio municipal en la legislación revolucionaria y en la codificación civil francesas: 1. Dominio público o nacional: el Decreto de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790 y el Código de 1804; 2. Los bienes municipales en la obra legislativa de la Revolución y en el Código Civil.—IV. La teoría del dominio público en la doctrina francesa después de la codificación.—V. La incorporación de la doctrina francesa del dominio público al Derecho español: 1. La influencia de Proudhon en la obra de Colmeiro a mediados del siglo XIX; 2. Las leyes sectoriales y la expansión de la categoría del dominio público; 3. La incorporación del concepto de dominio público al Código Civil español: A) Los bienes públicos en los Proyectos de Código Civil de 1836, 1851 y 1882; B) Dominio público y bienes patrimoniales en el Código Civil de 1888-1889. 4. La introducción en España de la tesis de Hauriou de la mano de Fernández de Velasco.—VI. El patrimonio privado del Estado: Los bienes de la Corona y los montes: 1. El patrimonio de la Corona; 2. Los montes.—VII. Los bienes comunales en la legislación liberal.

I. PRELIMINAR

Durante el siglo XIX, en el marco del naciente Derecho administrativo, los legisladores y juristas procedieron a crear o a redefinir numerosas institucio-

* Una primera versión del texto, más breve, con menor aparato crítico, se ha publicado en GONZÁLEZ GARCÍA, 2005; pp. 11-61.

nes y conceptos, entre otros, el de «bienes públicos», de manera que esta categoría, con el significado que se le otorga en nuestros días, arranca de aquel momento.

Esto no quiere decir que la mayor parte de los bienes que a partir de entonces reciben tal calificación no existieran con anterioridad o que no estuvieran sujetos a un régimen distinto del previsto para los bienes de los particulares porque desde antiguo existe la constancia de su existencia y del particular tratamiento jurídico, diferente del fijado para los de propiedad privada, del que han disfrutado como consecuencia de sus características y de la función que han cumplido en las distintas sociedades desde los tiempos más remotos. Pero sí significa que a partir del siglo XIX y a lo largo del XX, tras la configuración del concepto de propiedad liberal, se estableció la diferencia entre bienes de dominio público y bienes privados de las diferentes administraciones; se planteó el debate acerca de la naturaleza jurídica de la relación existente entre la administración y los bienes públicos, tanto demaniales como patrimoniales, y progresivamente aumentaron los bienes que adquirieron la consideración de públicos.

Una aproximación histórica a estos bienes públicos resulta oportuna porque el conocimiento del modo en que se llegó a establecer tal categoría permite una mejor comprensión de la legislación vigente sobre dicha materia. Ayuda a entender cómo se ha llegado a la situación actual en la que fundamentalmente se manejan dos criterios para considerar un determinado bien como público, el de su afectación a un uso o servicio público y el de su pertenencia a una administración, y cómo estos bienes se encuentran sujetos a un régimen jurídico diferente del previsto para los bienes de los particulares.

Desde otra perspectiva, el conocimiento de las circunstancias en las que en España se formó el moderno concepto de bienes públicos permite constatar cómo el régimen jurídico previsto en el ordenamiento español para estos bienes hunde sus raíces en el derecho francés, de igual modo que sucede en relación con otras muchas materias.

II. LAS COSAS PÚBLICAS EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO DE LA RECEPCIÓN

El Derecho romano, y en particular el Derecho romano justiniano, ha influido sobre el pensamiento jurídico europeo de manera decisiva como consecuencia de la renovada importancia que la compilación de Justiniano adquirió a partir del siglo XI y de la influencia que ejerció sobre los derechos de los diferentes Reinos en el marco de la Recepción del Derecho Común. Lo que explica que, tanto en los siglos modernos como en el siglo XIX, los juristas que han profundizado en el régimen de las cosas públicas hayan tenido siempre presente el tratamiento que las mismas tuvieron en el Derecho justiniano.

1. RES PUBLICAE, RES COMMUNES OMNIUM Y RES UNIVERSITATIS EN EL DERECHO ROMANO

Ya en el Derecho romano ¹, bien por las leyes, bien por la labor de los juristas, se fijaron distintos estatutos jurídicos para las cosas, lo que permite distinguir, dentro de las *res humani iuris*, contrapuestas a las *res divini iuris* ², entre las *res publicae*, las *res communes omnium* y las *res privatae* ³. Y dentro de las cosas públicas entre las *res publicae in uso publico* y las *res in patrimonio populi* o *in pecunio populi* o *in patrimonio fisci* ⁴.

Las *res publicae* en sentido estricto pertenecían al *populus Romanus*, es decir, a la comunidad organizada en Estado, pudiendo ser utilizadas por todos los ciudadanos de Roma, en tanto integrantes de esta colectividad, por cuanto estaban destinadas al uso público. De ahí que recibieran también el nombre de *res publicae in uso publico*.

Estas *res publicae in uso publico* tenían tal consideración bien por su propia naturaleza, por derecho de gentes, como sucedía con el mar y sus costas ⁵ y con los ríos de caudal permanente, fueran o no navegables ⁶, bien porque las

¹ En relación con el trato que las cosas públicas recibieron en el Derecho romano véase ZOZ, 1999. También puede consultarse la bibliografía citada en IGLESIAS, 1982; pp. 242 y 243.

² Esta categoría incluye las *res sacrae*, consagradas a los dioses superiores; las *res religiosae*, destinadas al culto de los dioses inferiores o Manes; y las *res sanctae*, consideradas por Gayo «en cierto modo de derecho divino». En este tercer grupo se incluían las puertas y los muros de las ciudades que, situados bajo el amparo de los dioses mediante una ceremonia especial, aunque no se hubieran consagrado a ellos, disfrutaban de una especial protección frente a los ataques de los que pudieran ser objeto, gracias a la tipificación como delito de su violación, previniéndose graves sanciones penales para los autores (D.1.8.8.pr.; D.1.8.8.2; D.1.8.9.3; D.1.8.11).

³ D.1.8.1. Gayo; Instituta, libro II. «La capital división de las cosas se reduce a dos especies; porque unas son de derecho divino, y otras de derecho humano. Son de derecho divino, por ejemplo, las cosas sagradas y las religiosas. También las cosas santas, como los muros y las puertas, son en cierto modo de derecho divino. Mas lo que es de derecho divino, no está en los bienes de nadie; pero lo que es de derecho humano, está las más de las veces en los bienes de alguno; puede, no obstante, no estar tampoco en los bienes de alguno; porque los bienes de la herencia, antes que haya algún heredero, no están en los bienes de persona alguna. Mas las cosas que son de derecho humano, o son públicas, o privadas; las que son públicas se reputa que no están en los bienes de nadie; porque se considera que son de la misma universalidad. Pero son privadas las que son de cada uno».

⁴ En época imperial, junto al *aerarium populi romani*, que comprendía las cosas pertenecientes al *populus Romani*, se institucionalizó el *fiscus Caesaris*, hacienda compuesta por los bienes que correspondían al Príncipe, no como particular, sino en cuanto Príncipe y que por ello se transmitían a su sucesor en el cargo. A partir del momento en que el *fiscus* absorbió al erario, las *res in patrimonio populi* acabaron convirtiéndose en *res in patrimonio fisci*. Pertenecían a esta clase los esclavos del pueblo Romano (*servi publici*), la tierra pública (*ager publicus*) y el botín de guerra. ZOZ, 1999, pp. 66 y 67.

⁵ D.1.8.4.pr. Marciano; Instituciones, libro III. «Así pues, a nadie se le prohíbe acercarse a la orilla del mar para pescar, con tal que no toque a las casas de recreo, a los edificios y a los monumentos porque no son del derecho de gentes, como lo es el mar...».

⁶ D.1.8.5. Gayo; Diario, libro II. «Es público por el derecho de gentes el uso de las riberas, así como el del mismo río. Y así, cualquiera tiene libertad para acercar a ellas su nave, atar cuerdas de los árboles allí nacidos, tender a secar y sacar del mar las redes y acomodar en ellas alguna carga, así como navegar por el mismo río. Pero la propiedad es de aquellos cuyos predios colinda; por cuya causa son también de los mismos los árboles en ellas nacidos».

autoridades las hubieran destinado a un uso público mediante un edicto especial denominado *publicatio*. Situación en la que se encontraban las calles, las vías, los puentes, los foros, las plazas, los teatros y las termas.

Todos estos bienes disfrutaban de una protección especial gracias a su consideración de *res extra commercium*⁷, lo que vetaba que pudieran ser objeto de apropiación y, en general, de tráfico jurídico. Salvaguarda que se completaba mediante distintos interdictos que garantizaban su utilización por todos los ciudadanos, impidiendo que cualquiera entorpeciera su uso público, que se destinasen a un uso privado o que sufriesen algún tipo de daño⁸.

Por su parte, las *res in patrimonio populi o in pecunio populi o in patrimonio fisci* quedaban excluidas del uso público porque, sin perjuicio de pertenecer también al pueblo romano, estaban destinadas al sostenimiento de los gastos del Estado. Además, formaban parte de las *res intra commercium*, lo que permitía que pudieran ser objeto de tráfico jurídico⁹, de igual modo que sucedía con las *res privatae* pertenecientes a los particulares. Por ello, en la práctica, quedaban sujetas a un régimen jurídico bastante similar al previsto para los bienes privados.

Al margen de las *res publicae*, un único jurista, Marciano, se refirió a las *res communes omnium*, incluyendo en esta categoría el aire, el agua corriente (*aqua profuens*) y el mar con sus costas, por entender que se trataba de bienes que pertenecían a todos conforme al derecho natural¹⁰, motivo por el cual quedaban excluidos del dominio de los particulares, de igual modo que sucedía con las cosas públicas. Cualquier hombre podía utilizar las *res communes omnium* en la medida de sus necesidades, con el único límite de no lesionar el mismo derecho reconocido a los demás, procediendo la *actio iniuriarum* contra el que entorpeciera su uso por los otros.

En principio, sólo los bienes que pertenecían al pueblo romano tenían la consideración de *res publicae*¹¹. Sin embargo, con el tiempo, recibieron el

⁷ D.18.1.6. pr.: Pomponio; Comentarios a Sabino, libro IX: «Pero dice Celso, el hijo, que a sabiendas no puedes tu comprar un hombre libre, y que no hay enajenación, si lo supieras, de una cosa cualquiera, como lugares sagrados y religiosos, o de las que no haya comercio, como las públicas, que no se tienen en el caudal del pueblo, sino para su uso público».

⁸ En el caso de que tuvieran la consideración de cosas públicas como consecuencia de un acto de carácter administrativo, los interdictos previstos en el Derecho romano eran los siguientes: *ne quid in loco publico facias* (D.43.8), *quo minus loco publico* (D.43.9) y *quo minus illi viam publicam* (D.43.11). Mientras que los ríos de caudal permanente quedaban amparados por los interdictos: *ne quid in flumine publico ripave eius facias* (D.43.12), *in flumine publico inve ripa eius facere* (D.43.13), *quo minus illi in flumine publico* (D.43.14) y *quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere* (D.43.15).

⁹ D.18.1.72.1. «Dice Papiniano: hecho este pacto de una venta, “si hay alguna cosa sagrada, o religiosa, o pública, nada de esto se vende”, si la cosa no fuere de uso público, sino del patrimonio del fisco, será válida su venta, y no aprovechará al vendedor la excepción, que no tuvo lugar».

¹⁰ D. 1.8.2 pr. Marciano; Instituta, libro III. «Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de la comunidad, otras no son de nadie, y la mayor parte son de particulares, las cuales se adquieren para cada cual por varias causas». D. 1.8.2.1. «Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas: el aire, el agua corriente y el mar, y consiguientemente las costas del mar».

¹¹ D. 50.16.15. Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro X. «Los bienes de una ciudad se han llamado abusivamente “públicos”, porque solamente son públicos los que son del pueblo romano».

mismo tratamiento las cosas de las que eran titulares las colonias y los municipios (*res universitatis*) que estaban destinadas al uso público, como los teatros, foros, puertos y otros bienes semejantes. Cosas sujetas a un régimen jurídico análogo al de las *res publicae in uso publico* pertenecientes al pueblo romano ¹².

2. LAS COSAS PÚBLICAS EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA RECEPCIÓN

El tratamiento que las cosas públicas recibieron en el Derecho de la Recepción entre los siglos XI y XVIII fue evolucionando, al menos en algunos de sus aspectos, con el transcurso del tiempo. De manera que si inicialmente se distingue entre las cosas comunes y las que pertenecen a la Corona, paulatinamente se produjeron una serie de cambios que, finalmente, llevaron a generalizar una división de las cosas públicas en dos categorías: patrimonio de los municipios y patrimonio de la Corona.

A este proceso contribuyeron varias circunstancias, siendo determinantes la configuración del patrimonio de la Corona, la pérdida de interés por las *res communes omnium* por parte de la doctrina y la tendencia a incluir en el dominio de la Corona las cosas públicas no municipales.

A) **La incorporación de la división romana de las cosas comunes a los derechos bajomedievales y la aparición de la idea del patrimonio de la Corona**

a) *Cosas comunes: bienes de titularidad comunal*

A partir del siglo XI la división de las cosas propia del Derecho romano se incorporó, con pequeñas matizaciones, a los derechos de los Reinos europeos. Esto explica que en los *iura propria* de los distintos territorios, frente a los bienes de propiedad privada, se identifiquen las cosas que por pertenecer a ciertas universalidades, por la naturaleza y características que ofrecen y por el fin al que están destinadas no pueden integrarse en el patrimonio de los particulares.

Simultáneamente, dentro de este gran bloque de bienes que no forman parte del patrimonio privado de los individuos se distingue entre las cosas comunes a todos, las cosas públicas y las cosas de las ciudades. Diferenciándose a su vez entre los bienes que están dentro del comercio, de manera que pueden enajenarse y adquirirse por prescripción, y los que quedan fuera del mismo que son inalienables e imprescriptibles.

Los cielos, los astros, la luz, el aire y el mar se consideran cosas comunes a todos los hombres, lo que permite establecer su correspondencia con la categoría romana de las *res communes omnium*. En todos los casos, se trata de

¹² D.1.8.6.1. «Son de la comunidad, y no de los particulares, por ejemplo, los teatros que hay en las ciudades y los estadios, y otras cosas semejantes, así como también algunas otras que son comunes a los de las ciudades...».

bienes de los que ninguna persona se puede apropiar dadas sus características físicas, bien derivadas de sus dimensiones, bien de su lejanía y de cosas de las que no se puede privar a nadie porque su uso constituye una necesidad continua, no sólo para los hombres sino también para los demás seres vivos, lo que explica que se excluyan del tráfico comercial.

Las cosas públicas, identificables con las *res publicae in uso publico* del Derecho romano, son aquéllas que estando destinadas al uso de todos, a diferencia de las anteriores no resultan imprescindibles para la vida de los hombres, aunque quedan de igual modo excluidas del tráfico mercantil como consecuencia de aquel uso público al que están afectas. Para la mayor parte de los autores, su propiedad no corresponde a nadie en particular, ni siquiera a los Reyes y Príncipes, quienes, sin embargo, están obligados a garantizar su uso por parte de todos.

Dentro de estas cosas públicas se distingue entre aquéllas que lo son por su propia naturaleza, como los ríos, las riberas, los bosques, los pastos y aquellas otras que están afectas a un uso público por voluntad humana.

Finalmente, también se consideran comunes las cosas de las ciudades, distinguiéndose entre ellas dos categorías. Las destinadas al uso común de los habitantes de cada ciudad o lugar que quedan excluidas del comercio, como los muros, las fortificaciones¹³, las casas de ayuntamiento, las plazas públicas, las fuentes, los caminos, las calles, las plazas, los bosques y los pastos. Y aquellas otras que, perteneciendo de igual modo al común de cada una de las poblaciones, sin embargo no están destinadas a un uso público, sino a producir rendimientos para el sostenimiento de los gastos de la comunidad, lo que justifica su inclusión en el tráfico mercantil por cuanto las ciudades las poseen a título de patrimonio privado.

Esta organización de las cosas públicas de clara inspiración romana influyó decisivamente en los juristas de la Corte de Alfonso X, quienes, después de señalar lo que se entiende por señorío (*Partidas*, III, XXVIII, 1), diferencian entre: los bienes que pertenecen a cada hombre, de los que cada uno puede disponer libremente (*Partidas*, III, XXVIII, 1 y 2); los que pertenecen comunalmente a ciertas colectividades (*Partidas*, III, XXVIII, 2, 3, 9 y 10); los bienes sobre los que los Emperadores y Reyes tienen señorío (*Partidas*, III, XXVIII, 11), y los que no pueden formar parte de ningún patrimonio, como sucede con las cosas sagradas y religiosas (*Partidas*, III, XXVIII, 2, 12, 13, 14 y 15).

Cosas comunes o comunales son aquéllas que pertenecen a la universalidad de los seres vivos¹⁴, al conjunto de los hombres¹⁵, o a los comunes de cada

¹³ En relación con los muros y las fortificaciones se aprecia una diferencia importante entre lo previsto en el Derecho romano y lo establecido en alguno de los Derechos de la Recepción porque mientras que en el Derecho romano y en algunos de los derechos bajomedievales, como sucede en el Derecho castellano (*Partidas*, III, XXVIII, 15), estos bienes son considerados *res sanctae*, en el Derecho francés se incluyen dentro de los bienes de las ciudades. DOMAT, 1985; p. 150.

¹⁴ *Partidas*, III, XXVIII, 3: «Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que biven en este mundo son estas, el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar, e su ribera. Ca qualquier criatura que biva, puede usar de cada una de estas cosas, según quel fuere menester...».

¹⁵ *Partidas*, III, XXVIII, 6: «Los rios, e los puertos, e los caminos publicos pertenecen a todos los omes comunalmente, en tal manera que tambien pueden usar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran, e biven en aquella tierra, do son...».

una de las ciudades. A su vez, los bienes de las ciudades se agrupan en dos categorías atendiendo al modo en que se realiza su aprovechamiento, diferenciándose entre los bienes que son utilizados por todos los moradores o vecinos de la población de manera libre y gratuita¹⁶ y aquellos otros que, aún perteneciendo igualmente al conjunto de vecinos, se utilizan de manera particular por determinados individuos, sean de la misma población a la que pertenecen los bienes, sean de otra, a cambio de una contraprestación. Utilización de la que el común, titular de tales bienes, obtiene unas rentas que se emplean para cubrir necesidades de la comunidad¹⁷.

Nótese bien que en este contexto el sentido del término «comunal» nada tiene que ver con el que tendrá el mismo vocablo a partir del siglo XIX. La expresión «comunal» se utiliza en esta situación como equivalente a «común» para indicar que determinados bienes pertenecen a una pluralidad más o menos grande de sujetos, a una comunidad que puede ser la de los seres vivos, la de los hombres o la integrada por los que forman parte del común de una población. Nada se quiere indicar en relación con el modo en que se realiza su aprovechamiento. Desde esta perspectiva, tan comunales o comunes son los bienes de los pueblos aprovechados en común por todos los vecinos, como los bienes de los pueblos que con el tiempo se denominarán bienes de propios, que se disfrutaban tan sólo por algunos individuos a cambio de una contraprestación¹⁸.

Las técnicas empleadas para proteger los bienes que integraban los patrimonios de los municipios frente a las actuaciones tanto de los propios vecinos

¹⁶ *Partidas*, III, XXVIII, 9: «Apartadamente son del comun de cada una cibdad o villa, las fuentes e las plaças o fazen las ferias e los mercados e los lugares o se ayuntan a concejo e los arenales que son las riberas de los rios, e los otros exidos e las carreras o corren los caballos: e los montes e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes destos que son establecidos e otorgados para procomunal de cada cibdad o villa o castillo o otro lugar. Ca todo ome que fuere y morador puede usar de todas estas cosas sobredichas e son comunales a todos tambien a los pobres como a los ricos. Mas los que fuesen moradores en otro lugar non pueden usar dellas contra voluntad o defendimiento de los morasen y».

¹⁷ *Partidas*, III, XXVIII, 10: «Campos, e viñas, e huertas, e olivares e otras heredades e ganados e siervos e otras cosas semejantes que dan fruto de si o renta, pueden aver las cibdades o las villas e como quier que sean comunalmente de todos los moradores de la cibdad o de la villa cuyos fueren, con todo ello non puede cada uno por si apartadamente usar de tales cosas como estas: mas los frutos e las rentas que salieren dellas deven ser metidas en procomunal de toda la cibdad, o villa, cuyas fueren las cosas onde salen asi como en lavor de los muros, e de las puentes, o de las fortalezas, o en tenencia de los castillos o en pagar los aportellados o en las otras cosas semejantes destas que perteneciesen al procomunal de toda la cibdad o villa».

¹⁸ Por este motivo no comparto la postura de aquellos autores, como es el caso de Muñoz Machado, que sobre la base del texto de las *Partidas* restringen los bienes comunes o comunales de los pueblos a los de uso o aprovechamiento comunal y dejan fuera los que con el tiempo se denominarán bienes de propios (MUÑOZ MACHADO, 2004). De igual modo, tampoco participo de los análisis del tratamiento que los bienes comunes reciben en el texto alfonsino que insisten más en el modo en que se efectúa su aprovechamiento que en la cuestión de su pertenencia a ciertas universalidades. Atendiendo tanto a la ubicación que tiene el régimen jurídico de las cosas comunes, a continuación de la definición de lo que se debe de entender por señorío, por tanto por propiedad, en las *Partidas* como al tenor literal del texto, se deduce que el criterio que entonces se utilizaba para determinar qué cosas eran comunes no era tanto el del modo en que se efectuaba su aprovechamiento como el de a quién correspondía su señorío.

como de los foráneos fueron diversas, dependiendo de si los bienes estaban destinados al uso público de todos los vecinos o por el contrario su utilización quedaba limitada a determinados sujetos a cambio del pago de una renta. En cualquier caso, en general, se procuró proporcionar una mayor protección a los bienes de uso público y, especialmente, a algunos de ellos, como los bosques y los pastos, que a los que producían rentas a los pueblos y ciudades, dado el importante papel que los primeros cumplían en el marco de las economías locales.

No se puede olvidar que la mayor parte de los bienes de aprovechamiento común constituían una reserva importante de recursos económicos de muy distinta naturaleza. Se empleaban como pastizales para la alimentación del ganado; constituían la base para la fertilización de los campos de cultivo, bien a través del estiércol producido por el ganado dependiente de los pastizales comunales, bien mediante el uso directo de las materias orgánicas en descomposición generadas por los árboles y matorrales, y eran una reserva de energía y de materias primas porque en los montes se encontraban los productos necesarios para poner en marcha actividades industriales, como las desarrolladas en las herrerías y en los astilleros, e incluso otras de carácter mercantil como la comercialización exterior de frutos, leña y carbón vegetal.

Por ello, mientras que los bienes municipales de aprovechamiento comunal se consideraron inalienables e imprescriptibles, los bienes de los municipios, cuyas rentas servían para el sostenimiento de los gastos de la comunidad, quedaron dentro de la categoría de las *res intra commercium*, consideración que permitía su negociación en el tráfico mercantil y su prescripción por el transcurso de cuarenta años¹⁹, sin perjuicio de que a través de diversas disposiciones se establecieran ciertas medidas para evitar su dilapidación, prohibiéndose, por ejemplo, sus transmisiones a título gratuito, y fijándose determinadas formalidades para proceder a su enajenación.

b) *Bienes de la Corona*

Al margen de que en los derechos de la Recepción se incorporara el esquema de las cosas comunes propio del Derecho romano, coincidiendo con el fortalecimiento de los diferentes Reinos y del poder de las Monarquías de la Europa cristiana aparece la idea del *dominium principis* o dominio de la Corona²⁰. Dominio del que se entiende forman parte tanto los bienes que el Rey adquiere por herencia o por conquista y que integran su patrimonio personal,

¹⁹ *Partidas*, III, XXIX, 7: «Plaça, nin calle, nin camino, nin dehesa, nin exido, nin otro logar qualquier semejante destos que sea en uso comunalmente del pueblo de alguna ciudad, o villa, o castillo, o de otro lugar non lo puede ningund ome ganar por tiempo. Mas las otras cosas que sean de otra natura assi como siervos, o ganados, o pegujar, o navios, o otras cosas qualesquier semejantes destas maguer sean comunalmente del concejo de alguna cibdad, o villa bien se podrian ganar por tiempo de quarenta años. E esto es porque maguer que sean de todos comunalmente non usan comunalmente dellas todos assi como de las otras cosas sobredichas».

²⁰ Un análisis detallado de la evolución del dominio de la Corona en los territorios peninsulares durante los siglos bajomedievales y modernos véase en LÓPEZ RODÓ, 1954; pp. 53-168.

como los que le pertenecen en tanto cabeza del Reino, destinados al sostenimiento de los gastos de éste que el Monarca debe gestionar.

En relación con estos bienes, si los glosadores y comentaristas se esforzaron por diferenciar entre el patrimonio particular del Príncipe y el patrimonio del Reino, intentando superar la confusión que durante los siglos anteriores había existido entre ambos, lo cierto es que en la práctica continuó produciéndose tal enredo. Unas veces porque los propios Monarcas incorporaban bienes de sus patrimonios particulares a los patrimonios de los Reinos y en otras porque disponían de los bienes del Reino como si se tratara de bienes suyos.

En este dominio de la Corona se incluían medios corporales, tanto muebles (joyas, créditos) como inmuebles (tierras, castillos, bosques), e incorporales como los derechos feudales, los derechos fiscales y las regalías atribuidas en exclusiva al Rey para asegurar los intereses comunes del Reino. Derechos regalistas que si en unas ocasiones carecían de un objeto material concreto, como sucedía con los de juzgar, acuñar moneda y conceder títulos, en otras recaían sobre bienes materiales específicos como las aguas, los bosques, las minas y las salinas, lo que impedía que estos bienes pudieran ser explotados por los particulares sin autorización previa de la Corona, garantizándose así importantes ingresos a la Hacienda.

Aquel esfuerzo realizado por los juristas del Derecho Común en orden a separar el patrimonio privado del Monarca y el patrimonio público tuvo su reflejo en las *Partidas*. El legislador castellano distingue entre los bienes que el Rey hereda, compra o gana como un particular, que integran por ello su patrimonio personal; las otras cosas que perteneciendo al Reino se encuentran en poder del monarca para su protección y administración, categoría que comprende básicamente bienes inmuebles²¹, y por último, el patrimonio fiscal que engloba las rentas públicas²², una parte de las cuales se asignan al Monarca para sus gastos²³.

El régimen jurídico al que quedan sujetos cada uno de estos tres bloques es distinto, apreciándose incluso diferencias de tratamiento entre bienes pertenecientes a una misma categoría, como sucede con los bienes particulares del Rey que en función del modo en que hayan sido adquiridos, por herencia o

²¹ *Partidas*, II, XVII, 1: «E destas heredades, que son rayzes, las unas son rayzes quitamente del Rey, así como cilleros, o bodegas, o otras tierras de labores, de qual manera, quier que sean, que oviessen heredado, o comprado, o ganado, apartadamente para sí. E otras y ha que pertenescen al Reyno así como villas, e castillos, o los otros honores, que por tierra los Reyes dan a los ricos omes».

²² *Partidas*, III, XXVIII, 11: «Las rentas de los puertos e de los portadgos que dan los mercadores por razon de las cosas que sacan, o meten en la tierra, e las rentas de las salinas o de las pesqueras e de las ferrerías e de los otros metales e los pechos e los tributos que dan los omes son de los Emperadores e de los Reyes e fueron les otorgadas todas estas cosas porque oviessen con que se mantoviessen onrradamente en sus depensas, con que pudiessen amparar sus tierras, e sus reynos, e guerrear contra los enemigos de la fe, e porque pudiessen escusar sus pueblos de echar les muchos pechos o de fazelles otros agravamientos».

²³ Sobre esta parte de las rentas, el Rey podía disponer libremente, aunque eran imprescriptibles (*Partidas*, III, XXIX, 6), de manera que con relación a las mismas el Rey aparece como verdadero propietario.

por conquista, las facultades de disposición que se reconocen al Monarca son distintas.

Los bienes que integran el patrimonio de la Corona son inalienables «porque las cosas que pertenecen al Rey o al Reyno, non se pueden enajenar por ninguna de estas razones», imprescriptibles²⁴ e indivisibles²⁵. Sin embargo, en la práctica los Monarcas se desprendieron de bienes del patrimonio de la Corona para poder recompensar favores, ayudas y servicios o para hacer frente a las necesidades derivadas de los enfrentamientos bélicos.

El incumplimiento de aquellas reglas obligó a la adopción de distintas medidas. Unas dirigidas a evitar la disminución del patrimonio de la Corona. Otras a procurar la recuperación de bienes que nunca debían de haber salido del mismo.

Así, para frenar las transmisiones, las Cortes de Alcalá de 1348 prohibieron a los Monarcas castellanos disponer en beneficio de extranjeros de cualquier parte del patrimonio de la Corona²⁶; en las Cortes de Valladolid de 1442 se recordó el carácter inalienable e imprescriptible de estos bienes (petición I)²⁷, y en algunos de los testamentos reales se incluyeron cláusulas dirigidas a la conservación del patrimonio real²⁸.

Y para procurar la recuperación de bienes del patrimonio de la Corona, algunos Monarcas, como Enrique IV en 1469²⁹ y los Reyes Católicos en 1480³⁰ y en 1487³¹, revocaron donaciones de bienes del patrimonio de la Corona efectuadas por sus antepasados. Y el 17 de agosto de 1674 Carlos II ordenó a los fiscales del Consejo de Castilla que demandasen para su reincorporación todo lo enajenado de la Corona con perjuicio del real patrimonio³².

B) La reducción de las cosas comunes a dos categorías: dominio de la Corona y dominio municipal

El anterior esquema de las cosas públicas, lejos de permanecer estático, evolucionó en los siglos bajomedievales y modernos. De manera que de la primitiva división de las cosas públicas en cosas comunes (de los seres vivos, de los hombres o de las ciudades) y cosas de la Corona, se llegó a su clasificación

²⁴ *Partidas*, II, XVII, 1, in fine: «Con todo esso, no deven entender aquellos que la toviere[n], que han derecho en ella, nin que les deve fincar, por esta razon, nin por tiempo que la oviesen tenido. Porque las cosas que pertenescen al Rey, o al reyno, non se pueden enajenar por ninguna destas razones».

²⁵ *Partidas*, II, XV, 5: «Fuero e establecimiento fizieron antiguamente en España, que el señorío del reyno non fuesse departido, nin enajenado».

²⁶ *Ordenamiento de las Cortes de Alcalá de 1348*, XXVII, 3 (=NoR, III, V, 6 y 7).

²⁷ Cortes de Valladolid de 1442. Real Academia de la Historia, 1866, III; pp. 394-401.

²⁸ LÓPEZ RODÓ, 1954; pp. 102, 129-131 y 188-189.

²⁹ Cortes de Ocaña de 1469. Real Academia de la Historia, 1866, III; pp. 773-779 (*Nueva Recopilación*, V, X, 4 = *Novísima Recopilación*, III, V, 9).

³⁰ *Nueva Recopilación*, V, X, 15 = *Novísima Recopilación*, III, V, 10 y 11.

³¹ *Nueva Recopilación*, V, X, 20 = *Novísima Recopilación*, III, V, 12.

³² *Novísima Recopilación*, VII, VIII, 8.

en bienes municipales y bienes de la Corona después de que se produjeran dos cambios.

La primera modificación afectó a la categoría, heredada del Derecho romano, de las cosas comunes a los hombres. Estos bienes, excluidos del comercio, cuya utilización correspondía a todos los individuos y cuya guardia y custodia recaía en los Reyes, empezaron progresivamente a ser considerados por algunos juristas como parte del dominio de la Corona. Tesis que tuvo especial aceptación en Francia de la mano de autores como Boutteiller, Bertrand d'Argentré, Loysel, Choppin, Philippe de Beaumanoir, Loyseau, Domat, Lefèvre de la Planche y Charles Lorry³³ e influirá en la identificación que los revolucionarios franceses hagan de las expresiones dominio público y dominio nacional en el momento en que aborden la cuestión de las cosas públicas.

La segunda modificación concernió a las cosas comunes necesarias para la existencia del hombre y de los demás seres vivos en la tierra como el aire, los astros, etc., que quedan, en la mayor parte de las ocasiones, al margen de las inquietudes de los juristas. De manera que éstos se limitan tan sólo a mencionarlas en sus escritos, generalizándose la idea de que constituyen un género distinto al de las cosas públicas, aunque fueran utilizados por todos y, por supuesto, diferente al de los bienes de los particulares.

Progresivo desinterés por estos bienes que se debe al hecho de que su disfrute por parte de los seres vivos no origina la conflictividad que, en cambio, se produce tanto con la utilización de las cosas comunes a los hombres como con la de los bienes de las ciudades, porque las características físicas de aquéllos hacen imposible su apropiación.

De este modo, y sin perjuicio de que en ocasiones se siga recordando la división tripartita de las cosas comunes del Derecho romano, la clasificación de las cosas públicas quedó reducida a bienes de la Corona y bienes de las ciudades después de que en la doctrina se dejara de prestar atención a las cosas comunes a los seres vivos y de que las cosas comunes a los hombres se incorporaran al dominio de la Corona, lo que significó un aumento del patrimonio real.

Reducidas las cosas públicas a estas dos categorías, los juristas fijaron su atención en la naturaleza de la relación que existía tanto entre el Rey y las cosas que formaban parte del dominio de la Corona, como entre los municipios y sus bienes.

En líneas generales y prescindiendo aquí de las importantes matizaciones que existen en los planteamientos de los distintos autores, se puede decir que se mantuvieron dos grandes actitudes ante este problema de indudable contenido jurídico. Mientras que una parte de la doctrina negó que los Monarcas y los municipios fueran los titulares de un derecho de propiedad sobre los bienes que integraban el dominio de la Corona y el dominio municipal, otros autores defendieron que la relación jurídica existente entre estos bienes y los Monarcas y los municipios era de propiedad³⁴.

³³ Referencias a éstos y a otros autores que sostienen posturas bastante cercanas en PELLOUX, 1932; pp. 33-50 y en VEGTING, 1950; pp. 120-138.

³⁴ PELLOUX, 1932; pp. 19-23 y VEGTING, 1950; pp. 67-95.

III. DOMINIO PÚBLICO O NACIONAL Y DOMINIO MUNICIPAL EN LA LEGISLACIÓN REVOLUCIONARIA Y EN LA CODIFICACIÓN CIVIL FRANCESAS

Después de que los Estados Generales, reunidos en Versalles el 5 de mayo de 1789, se transformaran el 17 de junio en Asamblea Nacional y el 19 de julio en Asamblea Nacional Constituyente, se inició un nuevo período para la historia de Francia y de Europa, poniéndose en marcha un abanico de reformas con consecuencias en los más diversos aspectos de la vida social, política, jurídica, económica y cultural. Cambios que alcanzaron al régimen jurídico de los bienes que hasta ese momento habían estado en manos de la Corona y de los municipios, aunque muchos de éstos usurpados por los señores.

1. DOMINIO PÚBLICO O NACIONAL: EL DECRETO DE 22 DE NOVIEMBRE-1 DE DICIEMBRE DE 1790 Y EL CÓDIGO DE 1804

Adoptado el principio de la soberanía nacional, una de las primeras preocupaciones de la Asamblea Nacional Constituyente fue la de amoldar el tratamiento jurídico de los bienes del dominio de la Corona a la nueva situación, motivo por el cual una comisión, nombrada el 2 de octubre de 1790 y compuesta por treinta y cinco miembros, entre los que destacaron por su trabajo Enjubault de la Roche y Barréré de Vieuzac, elaboró una especie de «código de dominio», puesto en vigor por la Ley de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790³⁵. Hecho que no deja de ser curioso si se tiene en cuenta que la misma Asamblea Nacional había decidido la venta del dominio de la Corona en el artículo 2 del Decreto de 19 de diciembre de 1789.

La modificación más importante que introdujo aquel texto legal fue la transformación del dominio de la Corona en dominio de la Nación, una vez que ésta sustituyó al Monarca como titular de la soberanía, utilizándose a partir de entonces de manera indistinta, como sinónimos, los términos «dominio público» y «dominio nacional». Lo que no sorprende si se tiene en cuenta que durante el Antiguo Régimen se había tendido a considerar que las cosas comunes a todos los hombres, identificables con la idea de dominio público, formaban parte del dominio de la Corona, tal y como se ha expuesto anteriormente, y que se habían empleado los términos «dominio de la Corona» y «dominio público» indiferentemente para referirse a unos mismos bienes. De manera que en el momento en que, por decisión del legislador, el dominio de la Corona se convierte en dominio nacional resulta consecuente identificar este dominio nacional con la idea del dominio público, máxime cuando el legislador revolucionario no diferencia distintas categorías en su seno.

³⁵ *Loi relative aux domaines nationaux, aux échanges et concessions qui ont été faits, et aux apanages*. París, 1 de diciembre de 1790. En relación con el proceso de elaboración y discusión del texto véase en PELLOUX, 1932; pp. 53 ss., y VEGTING, 1950; pp. 140-151.

De este modo, la Nación aparece como el único sujeto capaz de enajenar, manifestación máxima del derecho de propiedad, los bienes del dominio nacional, razón por la cual todo acto de enajenación de los mismos, efectuado sin su concurso, resulta nulo.

De acuerdo con este planteamiento, se declara que integran el dominio público o nacional el conjunto de propiedades inmobiliarias y de derechos reales o mixtos pertenecientes a la Nación, con independencia de que al tiempo de dictarse la disposición la Nación disfrute o no de su posesión³⁶. Tal previsión se concreta en los artículos siguientes. En el segundo se establece que «les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, etc, et en general toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privé, sont considérées comme des dépendances du domaine public». En el tercero se incluyen los bienes y herencias vacantes. Y en el quinto se añaden los muros y las fortificaciones de las ciudades.

Por otra parte, dentro de este dominio de la Nación se comprenden también los contados bienes que se reservan para el disfrute del Monarca, que se consideran inalienables e imprescriptibles y respecto de los cuales al Monarca sólo se le reconoce un derecho de disfrute³⁷.

En relación con el contenido de este dominio nacional, una novedad importante del texto revolucionario fue la exclusión de los derechos feudales del dominio público, derechos abolidos en las tierras del Rey y en las señoriales, y de los derechos incorporales, que en lo sucesivo formarán parte de la Hacienda Pública.

Por lo que se refiere a la regla de la inalienabilidad del dominio público, la previsión de la norma conforme a la cual se reconocía a la Nación capacidad para enajenar los bienes del dominio público no significa que el texto suprimiera el principio de inalienabilidad del dominio nacional, que se sigue afirmando, aunque sí se introduce la posibilidad de que tal principio pueda derogarse por la voluntad del legislador, que en última instancia expresa la de la Nación, dirigida perpetuamente a preservar el interés general. En cualquier caso, esta derogación se prevé que sólo sea posible siempre y cuando se den las condiciones previstas para que los bienes del dominio nacional puedan ser enajenados³⁸.

³⁶ Artículo 1: «Le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés foncières et de tous les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la Nation, soit qu'elle en ait la possession et la jouissance actuelles, soit qu'elle ait seulement le droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de réversion, ou autrement».

³⁷ Después de que históricamente el dominio particular del Monarca hubiera estado confundido con los bienes que éste administraba en nombre del Reino, la Ley de 21 de diciembre de 1789 ordenó la venta del dominio de la Corona con la excepción de los bosques y de los lugares reales cuyo disfrute se reservó al Monarca. Este dominio dejará de existir al tiempo de la desaparición de la institución monárquica, restableciéndose de nuevo con Napoleón con el contenido fijado en la Ley de 1789. Durante la Restauración se mantuvo en el mismo estado, siendo objeto, sin embargo, de algunas desmembraciones por la Ley de 2 de marzo de 1832.

³⁸ Artículo 8: «Les domaines nationaux et les droits qui en dépendent, sont et demeurent inaliénables sans le consentement et le concours de la Nation, mais ils peuvent être vendus et

Distintas razones se han dado para explicar esta previsión del Decreto de 1790. En unas ocasiones se ha relacionado con la oportunidad de sacar provecho económico de al menos una parte importante de los bienes, ahora integrados en el dominio nacional, mientras que en otras se han apuntado motivos ideológicos tales como la necesidad de compatibilizar la existencia del dominio nacional con el modelo de propiedad privada defendido por los revolucionarios.

En todo caso, se debe tener en cuenta que hacía tiempo que se había planteado en Francia el debate acerca de la oportunidad de mantener el principio de inalienabilidad de los bienes del dominio de la Corona y que fue ésta una de las cuestiones más discutidas en el seno del Comité³⁹.

Por lo que se refiere a la regla de la imprescriptibilidad del dominio público se prevé, de igual modo que en relación con la inalienabilidad, la posibilidad de su derogación. Fijándose la prescripción de los bienes del dominio nacional por el transcurso de cuarenta años en aquellos casos en los que los Decretos de la Asamblea Nacional permitan la enajenación de tales bienes⁴⁰.

Por lo que hace a la espinosa cuestión de la titularidad de los bienes que integran el dominio nacional o público, teniendo en cuenta tanto lo expuesto por los autores del texto en sus informes y trabajos preparatorios, como lo expresado en el preámbulo del propio texto y en sus dos primeros capítulos, se puede afirmar que los autores de la Ley de 1790, bajo la influencia de Grocio y otros publicistas, y apartándose de lo sostenido por Loyseau y Lefèvre de la Planche, entendían que el principio del «dominio eminente» hacía a la Nación propietaria de todas las partes del territorio que, bien por su propia naturaleza, bien por su destino, no podían pertenecer a los particulares, así como de los bienes y herencias vacantes⁴¹.

Posteriormente, los autores del Código Civil se ocuparon de los bienes públicos en los artículos 538 a 542, aunque sólo accesoriamente⁴². La creencia de que la materia habría de ser abordada en profundidad en el Código de Derecho Público pendiente de redacción hizo que se limitaran a reproducir en sus líneas generales el contenido de la Ley de 1790.

aliénés à titre perpétuel et incommutable, en vertu d'un Décret formel du Corps législatif sanctionné par le Roi, en observant les formalités prescrites pour la validité de ces sortes d'aliénations». En este mismo sentido MORAND-DEVILLER, 2003; p. 14. En contrario PELLOUX, 1932; pp. 66-79 y AUBY Y BON, 1993; p. 5 y en España MUÑOZ MACHADO, 2004; p. 813.

³⁹ VEGTING, 1950; pp. 139-141.

⁴⁰ Artículo 36: «La prescription aura lieu à l'avenir pour les domaines nationaux dont l'aliénation est permise par les Décrets de l'Assemblée Nationale; et tous les détempteurs d'une portion quelconque desdits domaines, qui justifieront en avoir joui par eux mêmes ou par leurs auteurs, à titre de propriétaires, publiquement et sans trouble pendant quarante ans continuels, à compter du jour de la publication du présent Décret, seront à l'abri de toute recherche».

⁴¹ Exposición de Enjubault de la Roche. Sesión de la Asamblea Nacional de 8 de noviembre de 1790. Véase en VEGTING, 1950; pp. 148 y 149.

⁴² En torno al proceso de elaboración de los artículos dedicados en el Código Civil francés a los bienes nacionales y comunales véase FENET, 1968, XI; pp. 31-55; LOCRÉ, 1990, IV; pp. 1-50; VEGTING, 1950; pp. 152-164.

Por esta razón y siguiendo el esquema del texto de 1790, los autores del Código Civil francés se refieren en los artículos 538 a 541 al dominio público. Dominio que comprende los caminos, carreteras, calles, ríos, cursos navegables, riberas, puertos, radas y, en general, todas las porciones del territorio francés insusceptibles de propiedad privada⁴³, así como los bienes y herencias vacantes⁴⁴, y las puertas, muros, fosos, murallas, fortalezas⁴⁵ y fortificaciones⁴⁶.

En consecuencia, en el Código Civil francés, de igual modo que había sucedido en el texto revolucionario de 1790, aún se prevé un concepto unitario de dominio público, no se distingue entre dominio público y bienes patrimoniales. Y la expresión «dominio público» es sinónima de «dominio nacional».

2. LOS BIENES MUNICIPALES EN LA OBRA LEGISLATIVA DE LA REVOLUCIÓN Y EN EL CÓDIGO CIVIL

Tras el triunfo de la Revolución, el legislador francés también se ocupó de los bienes de los municipios que, perteneciendo al común de sus habitantes, eran disfrutados por el conjunto de sus vecinos. Por tanto, se planteó la reforma del régimen de los bienes comunes de aprovechamiento comunal pero no el de los bienes comunes que, por constituir una fuente de ingresos para los municipios, quedaban excluidos del uso comunal, bienes que con el tiempo acabarán formando la categoría del dominio patrimonial municipal.

La razón principal de que el legislador sólo se preocupara de los primeros es muy clara. En Francia, de igual modo que en buena parte de Europa, existía en ese momento un amplio debate acerca de la conveniencia de rentabilizar económicamente los bienes comunes de aprovechamiento comunal al considerarse que estaban infrautilizados, mientras que, por el contrario, los bienes comunes que constituían una fuente de ingresos no planteaban problema alguno en aquel sentido y por tanto no precisaban la intervención del legislador.

Por otra parte, no hay que olvidar que la Ley de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790 había reducido considerablemente los bienes municipales al incluir dentro del dominio público o dominio nacional los caminos públicos, las calles y las plazas de las ciudades. Motivo por el cual, al margen de los bienes que constituían una fuente de renta para los municipios, prácticamente los únicos bienes públicos que las ciudades y los pueblos conservaban eran los de aprovechamiento comunal.

⁴³ Artículo 538: «Les chemins, routes et rues à la charge de la nation, les fleuves et rivières navigables ou flotables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public».

⁴⁴ Artículo 539: «Tous les biens vacans et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent à la nation».

⁴⁵ Artículo 540: «Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, sont aussi partie du domaine public».

⁴⁶ Artículo 541: «Il en est de même des terrains, des fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre: ils appartiennent à la nation, s'il n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre elle».

De este modo, tanto en el marco del Comité de Agricultura y Comercio como, posteriormente, en el del Comité de Agricultura, se elaboraron distintos proyectos que abordaron el problema de la escasa o nula productividad de buena parte de aquellos bienes, intentando dar respuesta a las numerosas quejas planteadas por los campesinos. Cuyas reclamaciones se centraban en dos cuestiones fundamentales: la necesidad de recuperar los bienes de aprovechamiento comunal usurpados por los señores durante los siglos anteriores y el reparto entre la población rural de una parte importante de los bienes de aprovechamiento comunal con el fin de mejorar su explotación económica.

Sin embargo, pese a los proyectos elaborados y a algunas medidas legislativas adoptadas entre los años 1789-1791, durante este período la situación permaneció bloqueada. Siendo necesario esperar a 1792 para apreciar cambios reales y relevantes en relación a los bienes de aprovechamiento comunal. Año en que un Decreto de 14 de agosto ordena la división de los terrenos de aprovechamiento comunal entre los ciudadanos de cada municipio, con la sola excepción de los bosques⁴⁷. Disposición que se completa con el Decreto de 10-11 de junio de 1793⁴⁸ que delimita el modo en que han de realizarse los repartos de tales bienes⁴⁹.

Por otra parte, conviene tener presente que dos de los principios defendidos por los legisladores revolucionarios, la supresión del régimen feudal y la limitación del poder de las corporaciones, tuvieron consecuencias antagónicas sobre los bienes de aprovechamiento comunal de los municipios porque en el desarrollo de estos principios se promulgaron diferentes disposiciones que, según el fin perseguido, aumentaron o redujeron el patrimonio de los municipios. Así, mientras que las normas que procuraron la recuperación de los bienes comunes de los pueblos usurpados por los señores ayudaron a incrementar el patrimonio de los pueblos, las disposiciones dirigidas a limitar el poder de los entes locales y las orientadas a la supresión de las propiedades comunes condujeron a la disminución de los patrimonios locales.

La llegada de Napoleón al poder supuso un cambio importante en la actitud del gobierno en relación con los bienes de aprovechamiento comunal, suprimiéndose todo debate ideológico en torno a su existencia o supresión y determinándose su régimen jurídico en el Código Civil. De este modo, su artículo 542, asumiendo en lo fundamental la definición de la propiedad comunal de la Ley de 10 de junio de 1793, permitió incluir dentro de la categoría de propiedad comunal tanto los bienes que constituían una fuente de renta para los municipios como los que se aprovechaban comunamente⁵⁰. En este contexto, el concepto de bien comunal guarda relación con la idea de comuna, base de la

⁴⁷ VIVIER, 1998; pp. 97-115.

⁴⁸ VIVIER, 1998; pp. 115-128.

⁴⁹ Aunque la aplicación de este Decreto se suspendió por la Ley de 21 prairial del año IV, la Ley de 9 de ventoso del año XII (29 de febrero de 1804) confirmó los repartos efectuados bajo su vigencia. VIVIER, 1998; pp. 130-136.

⁵⁰ Artículo 542 del Código Civil: «Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis».

nueva organización municipal francesa a partir de la Revolución, significando sólo que los bienes comunales pertenecen a las comunas. Sin que se indique nada en relación al modo en que se realiza su aprovechamiento.

IV. LA TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA DOCTRINA FRANCESA DESPUÉS DE LA CODIFICACIÓN

Tras la entrada en vigor del Código Civil francés, los primeros autores que interpretaron los artículos referidos a los bienes públicos entendieron que existía una relación similar a la propiedad privada entre la Nación y los municipios y sus respectivos bienes. Por esta razón, atribuyeron a las personas públicas un poder de disposición completo sobre sus bienes, sin perjuicio de reconocer que algunos de estos bienes, como consecuencia del uso al que estaban destinados, tan sólo podían pertenecer al Estado y de considerar que los bienes del Estado y de los municipios permanecían fuera del tráfico mercantil y, en consecuencia, quedaban sujetos a las reglas de inalienabilidad y de imprescriptibilidad mientras se encontraran afectos a un uso público. Lo que constituía una manifiesta contradicción con aquella facultad de disposición que se reconocía a las distintas administraciones sobre sus bienes. De este modo, todos los bienes que formaban parte del dominio público y del dominio municipal quedaban sujetos a un mismo régimen jurídico, sin que de acuerdo con la literalidad del articulado se diferenciara situaciones jurídicas distintas entre los diversos tipos de bienes del Estado y de los municipios.

Sin embargo, pronto empezó a formarse una nueva corriente doctrinal que distinguió entre el dominio público y el dominio privado de las personas públicas. Planteándose simultáneamente la necesidad de establecer unos criterios lo suficientemente precisos que permitieran diferenciar con claridad ambos patrimonios, dadas las importantes consecuencias que para los bienes tendría su inclusión en una categoría o en otra. Sólo en el caso de formar parte del dominio público se les aplicarían los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Los juristas que defienden esta tesis agrupan en dos bloques distintos los preceptos del Código Civil francés referidos a los bienes públicos. De un lado, el 538 y el 540, relativos, en su opinión, al dominio público, integrado por bienes sobre los que no cabe la posibilidad de propiedad privada, inalienables e imprescriptibles, situados por tanto fuera del comercio. De otro, los artículos 539 y 541 concernientes al dominio del Estado compuesto por bienes susceptibles de propiedad privada, enajenables y prescriptibles.

La sistematización más clara y más importante de esta nueva corriente doctrinal se debe a Víctor Proudhon, Decano de la Facultad de Derecho de Dijon⁵¹, sin perjuicio de que sea posible encontrar un destacado precursor, Pardessus⁵².

⁵¹ PROUDHON, 1843.

⁵² En efecto, ya en 1806, Pardessus distinguía entre el dominio público (inalienable, imprescriptible, insusceptible de servidumbre y consagrado por naturaleza al uso de todos y al

Proudhon, después de referirse a las cosas *extra commercium*, explica cómo en su opinión los bienes del Estado y de los municipios forman parte del dominio público nacional, del dominio privado de la Nación, del dominio público municipal o del dominio comunal de los municipios⁵³.

De acuerdo con el planteamiento de Proudhon, el dominio público nacional comprende las cosas destinadas al uso de todos (los caminos públicos, las carreteras o los ríos navegables), cuya propiedad no corresponde a nadie de manera exclusiva y respecto de los cuales el poder público tan sólo tiene la obligación de garantizar su disfrute al conjunto de la sociedad. Y el dominio privado del Estado incluye bienes productivos, cuyos rendimientos se integran en las arcas de la Hacienda⁵⁴.

Por lo que se refiere a los bienes de los municipios, Proudhon, de igual modo que Pardessus, distingue entre el dominio público municipal y el dominio comunal. En su opinión el dominio público municipal no es sino una parte del dominio público nacional, razón por la cual entiende que unos mismos principios rigen en ambos casos. Este dominio público municipal engloba las cosas afectas al uso de todos. Bienes que pueden agruparse en seis bloques: el territorio, las cosas sagradas, los establecimientos públicos, las vías urbanas, los caminos vecinales y los caminos públicos que no son ni carreteras ni caminos vecinales. Y en cuanto al dominio comunal considera que está compuesto por los bienes que pertenecen exclusivamente a los municipios, tales como los bosques y los pastos comunales⁵⁵. Lo que hace que sólo se puedan utilizar por los habitantes de cada municipio. Nótese que en la obra de ambos autores el significado de la expresión «bien comunal» se ha reducido sensiblemente si se compara con el que tenía en el Código Civil. En 1804 el bien comunal es el que pertenece a una comuna, sin que dentro de tales bienes se diferencien distintas categorías. Ahora, por el contrario, sólo hace referencia a una parte de los bienes de aquellos entes locales.

Para el jurista francés, la relación que existe entre el Estado y los municipios con los bienes que integran el dominio público, ya sea nacional o municipal, y con los que forman parte del dominio privado y del comunal es distinta. En el primer caso, al Estado y a los municipios sólo les corresponde la admi-

servicio general) y el dominio nacional compuesto por bienes susceptibles de apropiación privada, enajenables de acuerdo con las formalidades establecidas por las leyes, prescriptibles y productores de ingresos. De igual modo, Pardessus ya entonces se refería al dominio público municipal, compuesto por bienes que, de manera semejante a lo que sucedía con los que formaban parte del dominio público, estaban consagrados a la utilidad de todos, aunque de manera menos general que en el caso de los de dominio público, y al dominio comunal de los municipios, integrado por bienes que se encontraban en poder de éstos en un régimen similar al que se hallaban los bienes del dominio nacional y los de los particulares, razón por la cual eran susceptibles de enajenación y prescriptibles siempre que se observaran las formalidades previstas en las leyes. PARDESSUS, 1838, I; pp. 73-84 y 109-114.

⁵³ PROUDHON, 1843, I; pp. 451 y 452.

⁵⁴ PROUDHON, 1843, I; pp. 241 y 244.

⁵⁵ Esta inclusión de los bienes de aprovechamiento comunal dentro del patrimonio comunal de los pueblos y su exclusión del dominio público se entiende mejor teniendo en cuenta el reparto que de tales bienes se había hecho en Francia a partir de 1792 y 1793.

nistración de aquellos bienes destinados al uso de todos, que no pertenecen a nadie, ni siquiera al Estado o a los municipios, lo que hace imposible hablar de una relación de propiedad⁵⁶. Por el contrario, en relación con los bienes patrimoniales y comunales existe un derecho de propiedad a favor del Estado y de los municipios sobre los bienes que integran sus respectivos patrimonios privados. Derecho de propiedad en los términos previstos en el Código Civil.

El criterio que Proudhon maneja para determinar la pertenencia de los bienes al dominio público o al dominio privado del Estado o de los municipios es el de la afectación al uso público en virtud de lo dispuesto por las leyes. Desecha, por tanto, el criterio de la naturaleza del bien al entender que, salvo concretas excepciones como son los cursos de agua y las riberas de los mares, las cosas destinadas al uso de todos los hombres por naturaleza constituyen una categoría distinta tanto a la del dominio público como a la del dominio privado, la de las cosas comunes, en la que incluye el aire, la luz, el agua considerada como elemento, y el mar⁵⁷.

Por lo que afecta a los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes públicos, Proudhon distingue tres situaciones distintas en función de que se trate de cosas comunes, bienes del dominio público o bienes del dominio privado.

En relación con las cosas comunes, el autor considera que estas reglas les afectan de manera absoluta porque la naturaleza que las destina al uso de todos es inmutable, de manera que siempre habrán de permanecer fuera del tráfico mercantil, siendo imposible su prescripción.

Por lo que se refiere a la inalienabilidad del dominio público, Proudhon entiende que esta regla se mantiene mientras los bienes conserven la afectación a un uso público, cesando a partir del momento en que la administración correspondiente decide desafectarlos, lo que supone su incorporación al dominio privado del ente público. De manera que en relación con el dominio público, el civilista francés piensa que la inalienabilidad no es absoluta, sino relativa y temporal como consecuencia de provenir del orden civil y no de las leyes de la naturaleza como sucede con las cosas comunes⁵⁸.

En esta misma línea argumental, afirma que la regla de la imprescriptibilidad del dominio público deja de aplicarse a partir del momento en que desaparece el uso público al que está afecto el bien. Desafectación que puede producirse bien de manera expresa, bien tácitamente. Lo segundo porque los bienes del dominio

⁵⁶ PROUDHON, 1843, I; pp. 241 y 244-245. Esta concepción antidomínical del dominio público defendida por Proudhon y aceptada hasta finales del siglo XIX queda perfectamente expuesta por el Comisario Marguerie en sus conclusiones al asunto *Conseil de Fabrique de l'Église de Saint-Nicholas-des-Champs*, de 21 de noviembre de 1884 (R.806): «Voici la définition du domaine public telle qu'elle est donnée dans le dictionnaire de Blanche: le domaine public embrasse généralement tous les fonds qui, sans appartenir propriétairement à personne, ont été civilement consacrés au service de la société. Cette nature de biens n'a pas même dans les mains de l'État la qualité de propriétaire, l'État les détient, non comme propriétaire, mais parce qu'il représente la collection d'individus». Cita tomada de Barcelona Llop, 1996; pp. 121 y 122.

⁵⁷ PROUDHON, 1843, I; p. 252.

⁵⁸ PROUDHON, 1843, I; pp. 251-256.

público también devienen prescriptibles por el simple hecho de su degradación accidental, sin necesidad de una declaración expresa de la administración⁵⁹.

Por último, por lo que se refiere a los bienes patrimoniales del Estado y a los comunales de los municipios, Proudhon considera que son enajenables y susceptibles de prescripción por encontrarse dentro del tráfico mercantil.

De este modo, a partir de la publicación de la obra de Proudhon, el viejo principio de la unidad de los bienes públicos desapareció, aceptándose desde entonces la distinción entre un dominio público y un dominio privado de las administraciones y la idea de la existencia de un derecho de propiedad sobre los bienes integrantes de sus respectivos dominios privados.

La aceptación de esta teoría se produjo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en la legislación. Autores como Foucart⁶⁰, Cormenin⁶¹ y Gérando⁶² actualizan sus obras incluyendo en las nuevas ediciones la novedosa distinción; a partir de mediados del siglo XIX la nueva teoría del dominio público tiene su reflejo en la jurisprudencia; y en la Ley de 16 de junio de 1851 sobre la propiedad inmobiliaria en Argelia se contempla por primera vez dentro del dominio nacional la distinción entre dominio público y dominio del Estado (es decir, privado).

Esta situación se mantuvo en la doctrina francesa hasta principios del siglo XX, momento en el que se inició un interesante debate entre Hauriou⁶³ y Duguit⁶⁴ en relación con la naturaleza del dominio público, planteándose la discusión acerca de si la relación existente entre la administración y los bienes del dominio público constituye o no un derecho de propiedad y, en el caso de admitirse su existencia, en torno a la naturaleza y características de esta propiedad.

En este contexto, Hauriou sostiene que el dominio público es un derecho de propiedad pública atribuido a una administración. Derecho de propiedad que presenta unas características particulares en atención a la finalidad pública a la que están afectos los bienes que forman parte del dominio público. De este planteamiento deduce que todos los bienes del dominio público son susceptibles de apropiación, no en su conjunto, pero sí en porciones (idea del *mètre carré*), y que respecto de todos ellos la administración puede ejercer la acción reivindicatoria. Acción que corresponde por esencia al propietario.

Frente a esta tesis, Duguit considera que por su propia naturaleza jurídica, los bienes que integran el dominio público no son susceptibles de propiedad, ni privada, ni pública, motivo por el cual sostiene que en relación con los bienes del dominio público el Estado tiene tan sólo un deber de protección y de garantía de su afectación al uso público. Nunca un derecho de propiedad.

⁵⁹ PROUDHON, 1843, I; pp. 256-276. El ejemplo que el autor pone de esta situación es el del terreno que durante un tiempo es atravesado por una carretera y que, posteriormente, se pone en cultivo después de que los usuarios de la vía la hayan dejado de utilizar al optar por circular por otra vía de nueva construcción, sin que la administración haya destruido el viejo trazado.

⁶⁰ FOUCCART, 1839.

⁶¹ CORMENIN, 1840.

⁶² GÉRANDO, 1842-1846.

⁶³ HAURIOU, 1897: 613-681.

⁶⁴ DUGUIT, 1930, III; pp. 320-385.

Al margen de esta cuestión, para ambos juristas la afectación a un fin público es el elemento que determina la distinción entre el dominio público y el dominio privado por cuanto sólo los bienes afectos a una utilidad pública forman parte del demanio público.

Sin embargo, Duguit va más allá. Precisando su planteamiento, habla de una «escala de la demanialidad». Sostiene que, en realidad, todos los bienes del Estado, de un modo u otro, están afectos a fines públicos, de manera que la diferencia entre los bienes de dominio público y los de dominio privado viene determinada por la intensidad de tal afectación. En relación con los bienes del dominio público la afectación es tan intensa que hace imposible la existencia de un vínculo de propiedad entre la administración y los bienes que forman parte del dominio público. Lo que significa que, en el fondo, Duguit está rechazando la distinción entre el dominio público y el dominio privado de la administración.

En relación con los mecanismos de protección del dominio público, entre los que las reglas de inalienabilidad e imprescriptibilidad desempeñan un papel fundamental, Hauriou considera que son tan sólo unas reglas exorbitantes del régimen privado del derecho de propiedad justificadas por el interés público, que no constituyen un obstáculo a la admisión de la existencia de una relación de propiedad entre la administración y el dominio público. Mientras que Duguit, por su parte, piensa que el régimen jurídico aplicable a los bienes públicos, con independencia de que formen parte del dominio público o del dominio privado, es un régimen de derecho público, distinto del propio de las relaciones de propiedad de derecho privado.

V. LA INCORPORACIÓN DE LA DOCTRINA FRANCESA DEL DOMINIO PÚBLICO AL DERECHO ESPAÑOL

De igual modo que sucedió en Francia, también en nuestro país la aceptación y consolidación de las categorías dominio público-dominio privado se alcanzó antes en los textos doctrinales que en los legales gracias a la difusión de la obra de los juristas franceses y, en particular, de la de Proudhon. Influencia que se aprecia ya en la obra de Colmeiro cuya primera edición data de 1850⁶⁵. Sólo posteriormente aquella distinción se incorpora progresivamente a la legislación española, primero en distintas leyes sectoriales, luego en el Código Civil de 1888-1889.

1. LA INFLUENCIA DE PROUDHON EN LA OBRA DE COLMEIRO A MEDIADOS DEL SIGLO XIX

El primer autor español en el que se percibe el influjo de la doctrina de Proudhon es Manuel Colmeiro, quien superpone la distinción entre dominio

⁶⁵ COLMEIRO, 1850.

público y bienes patrimoniales de la administración al esquema de las cosas públicas previsto en las *Partidas*. En ninguna otra obra de los autores contemporáneos a Colmeiro, piénsese en García Goyena⁶⁶, Ortiz de Zúñiga⁶⁷, Posada Herrera⁶⁸ y Gómez de la Serna⁶⁹, es posible detectar influencia alguna de aquella distinción. De lo que cabe deducir que la tesis de Proudhon, expuesta en 1833-1834, aún no se había generalizado entre los autores españoles a mediados del siglo XIX.

Dentro del dominio nacional o propiedad de la Nación, Colmeiro diferencia entre el dominio público y el dominio del Estado. Considera que el dominio público comprende «las cosas que corresponden en plena propiedad a la Nación y en cuanto al uso a todo el mundo», que se encuentran fuera del comercio y son inalienables e imprescriptibles⁷⁰. Dentro del concepto de dominio del Estado incluye los bienes «que pertenecen en plena propiedad a la Nación, y forman una especie de patrimonio común a todos los ciudadanos». Son bienes que se administran exclusivamente por el Estado, quien «los adquiere y conserva, los aprovecha y enajena según las necesidades del servicio o los intereses de la sociedad»⁷¹. De manera que lo relevante para Colmeiro, de igual modo que para Proudhon, es el uso público al que están afectos los bienes que integran el dominio público.

En cuanto al tipo de relación que existe entre el Estado y los bienes que forman parte del dominio público y del dominio del Estado, Colmeiro, acogiendo la tesis de Proudhon, considera que mientras que los bienes públicos corresponden a la Nación por el derecho de soberanía, el dominio que tiene sobre los bienes que integran el patrimonio del Estado constituye un derecho de propiedad⁷².

Dentro del dominio público el jurista gallego sitúa las costas y el mar adyacente a ellas, los puertos, las aguas navegables, los caminos y las carreteras⁷³, mientras que en el dominio del Estado incluye los baldíos, los montes, las minas, los bienes mostrencos y los bienes nacionales⁷⁴.

Por último, mientras que Proudhon se refería a un dominio público municipal que consideraba como una parte del dominio público nacional, razón por la cual atribuía un mismo régimen jurídico a los bienes que formaban parte de ambos, Colmeiro aún no acoge la idea del dominio público municipal, de manera que en relación a los bienes de los pueblos se limita a reproducir la distinción establecida en *Partidas*, señalando que se dividen en propios y comunes⁷⁵.

⁶⁶ GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, 1852.

⁶⁷ ORTIZ DE ZÚÑIGA, 1842-1843.

⁶⁸ POSADA HERRERA, 1843.

⁶⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, 1843.

⁷⁰ COLMEIRO, 1850, II; pp. 6 y 7 (epíg. 1267 a 1269).

⁷¹ COLMEIRO, 1850, II; pp. 52 y 53 (epíg. 1368-1369).

⁷² COLMEIRO, 1850, II; p. 53.

⁷³ COLMEIRO, 1850, II; pp. 7-32.

⁷⁴ COLMEIRO, 1850, II; pp. 53-93. Entendiendo por bienes nacionales los que se encuentran en manos del Estado procedentes de manos muertas o de corporaciones extinguidas.

⁷⁵ COLMEIRO, 1850, II; pp. 94 y 95. División que mantiene aún en la tercera edición de su obra publicada en 1865, en la que sigue sin acoger el concepto de dominio público municipal, o

2. LAS LEYES SECTORIALES Y LA EXPANSIÓN DE LA CATEGORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO

La teoría del dominio público, expuesta por Proudhon en Francia e incorporada a la doctrina española a partir de la obra de Colmeiro, se asume en la legislación de nuestro país en la segunda mitad del siglo XIX. De este modo, a través de sucesivas leyes sectoriales anteriores al Código Civil de 1888-1889 se depura y consolida el concepto de dominio público contrapuesto al de dominio privado del Estado; se amplía el listado de bienes que se incluyen en el dominio público, y se distingue en su seno entre los bienes destinados al uso general y los afectos a un servicio público, porque aunque la categoría del dominio público contemplada en las leyes españolas comprendía, inicialmente, sólo bienes destinados a un uso general, más tarde, se extendió también a los bienes afectos a un servicio público.

La tesis francesa del dominio público se acoge por primera vez en el Derecho español en la legislación de aguas y en la hipotecaria, porque, aunque con anterioridad, la expresión «dominio público» se había utilizado en otras disposiciones, en todos los casos había tenido un significado bien distinto. En unas ocasiones para referirse al dominio único de la Nación, dominio en el que siguiendo el modelo revolucionario francés, aún no se establecen diferencias entre los distintos bienes que lo integran, como sucede en la Real Orden de 12 de mayo de 1851 referida a los baldíos⁷⁶. En otras para indicar que determinados bienes, en concreto las obras literarias, se pueden usar por cualquiera sin satisfacer derechos económicos una vez transcurrido el término concedido por la ley⁷⁷.

Por lo que se refiere a la legislación de aguas, la Real Orden de 24 de mayo de 1853 estableció que «las aguas de los ríos y sus cauces son de dominio público, y por tanto no susceptibles de apropiación privada, sin que fuera de los usos comunes que pertenecen a todos pueda establecerse en ellos ninguno privado, sino en virtud de Real autorización y con arreglo a los Reglamentos de Administración Pública»⁷⁸. El Real Decreto de 29 de abril de 1860, dictando varias disposiciones sobre aprovechamiento de aguas, declaró que las aguas y los cauces de los ríos, riachuelos, rieras, arroyos o cualquier otra clase de corriente natural son del dominio público⁷⁹. Y la exposición más clara del significado de

comunal, como se le denomina en Francia, ni el de bien comunal diseñado por la legislación desamortizadora en España. En relación a estas dos cuestiones véase lo dicho al exponer las tesis de Pardessus y de Proudhon y lo que se explica en el apartado VII de este trabajo dedicado a los bienes comunales en la legislación liberal.

⁷⁶ Artículo 2 de la Orden de 12 de mayo de 1851. 1851. *Colección Legislativa*, 53; pp. 137 y 138.

⁷⁷ Artículo 14 de la Ley de 10 de junio de 1847 sobre propiedad literaria. 1847. *Colección Legislativa*, 41; pp. 154-160.

⁷⁸ Real Orden de 24 de mayo de 1853, resolviendo que las aguas y cauces de los ríos no son susceptibles de apropiación privada, sino en virtud de real autorización. 1853. *Colección Legislativa*, 59; p. 109.

⁷⁹ Real Decreto de 29 de abril de 1860, dictando varias disposiciones sobre aprovechamiento de aguas. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1005-1009.

la categoría del dominio público y su aplicación al régimen jurídico de las aguas, tanto marítimas como continentales, se contiene en la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866⁸⁰. Cuyos principios se incorporarán con posterioridad a la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879⁸¹ y a las Leyes de Puertos de 1880⁸² y 1928⁸³.

Es muy clarificador el texto de la exposición de motivos de la Ley de 1866 en el que se manifiesta que el dominio público de la Nación es «el que a ésta compete sobre aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto a que se hallan destinadas: tales son, por ejemplo, las playas, ríos, caminos, muelles y puertos públicos, su carácter principal es ser inalienable e imprescriptible». Y que el dominio particular del Estado es «el que a éste compete sobre aquellas cosas destinadas a su servicio, o sea a la satisfacción de sus necesidades colectivas, y no al uso común, cosas de las que dispone como los particulares de las que constituyen su patrimonio; tales son, entre otras muchas, los montes, minas, arsenales, fortalezas y edificios militares»⁸⁴.

Según esta Ley, el dominio público marítimo comprende las costas del territorio español, con sus obras, ensenadas, calas, radas, bahías y puertos, el mar litoral y las playas (art. 1); en relación con las aguas terrestres, dentro del dominio público se sitúan las que nacen continua o discontinuamente en terrenos de dominio público, las de los ríos, las continuas y discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales y los lagos y lagunas formadas por la naturaleza que ocupan terrenos públicos y se alimentan con aguas públicas (arts. 33 y 44). Y las aguas procedentes de la lluvia y las subterráneas se consideran públicas o privadas dependiendo de los terrenos por donde discurren o en el que son alumbradas (arts. 30-31 y 45).

El otro campo en el que tempranamente se acogió el concepto de dominio público como uso público fue el hipotecario. Así, en los Reales Decretos de 6 de noviembre de 1863⁸⁵ y 11 de noviembre de 1864⁸⁶ se exceptúan de inscripción

⁸⁰ Ley de 3 de agosto de 1866, dictando prescripciones sobre el dominio y aprovechamiento de aguas. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1009-1054.

⁸¹ *Gaceta de Madrid* de 19 de junio de 1879. En esta ley, se excluyó de su contenido todo lo relacionado con al dominio, uso y aprovechamiento de las aguas del mar y de las playas, que en el texto de 1866 se contemplaba en el título I, materia que se incorporará a la Ley de Puertos del año siguiente.

⁸² Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, en MEDINA y MARAÑÓN, 1907; pp. 434-446.

⁸³ Ley de Puertos de 19 de enero de 1928. *Gaceta* de 20 de enero de 1928. Puede verse también en GARCÍA DE ENTERRÍA y ESCALANTE, 1982; pp. 957-964.

⁸⁴ La conveniencia de determinar con precisión lo que los autores de la Ley entendían por dominio público y particular del Estado se expresa en la exposición de motivos de este texto de 1866 después de que Areitio, miembro de la Comisión encargada de su redacción, solicitara durante la reunión del 20 de abril de 1861 que se explicara convenientemente lo que debía de entenderse por tales conceptos para evitar las dudas que pudieran suscitarse. Acta de la Sesión de 20 de abril de 1861, véase en MARTÍN-RETORTILLO, 1963; pp. 564-568.

⁸⁵ Artículo 3 del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863 dictando reglas para la inscripción en los Registros de la Propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales que posean o administren el Estado y las Corporaciones civiles y no se hallen exceptuados de la desamortización. *Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Hipotecarios*, 1991, IV-I; pp. 10-17.

⁸⁶ Artículo 3.1 del Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 dictando varias disposiciones para la inscripción en los Registros de la Propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales que

«los bienes que pertenecen tan sólo al dominio eminente del Estado y cuyo uso es de todos, como las riberas del mar, los ríos y sus márgenes, las carreteras y caminos de todas clases con exclusión de los de hierro, las calles, plazas, paseos públicos y egidos de los pueblos, siempre que no sean terrenos de aprovechamiento común de los vecinos; las murallas de las ciudades y plazas, los puertos y radas y cualesquiera otros bienes análogos de uso común y general...»⁸⁷.

Por otra parte, la necesidad de implantar nuevos servicios a mediados del siglo XIX hizo que surgiera la idea del servicio público y que ésta se vinculara tanto al concepto de obra pública como al de dominio público. Razón por la cual la noción de dominio público, vinculada en sus inicios al uso público, se amplió para comprender también bienes afectos a un servicio público.

En este contexto y, sin perjuicio de que la expresión «servicio público» aparezca también en la legislación de carreteras y en la del ferrocarril, fue en la legislación general de obras públicas en la que se sentaron las bases para la ampliación del dominio público a los bienes afectos a un servicio público.

Téngase en cuenta que el término «servicio público» se utilizó en el artículo 1 de la Ley de Carreteras de 22 de julio de 1857⁸⁸, sólo en contraposición a servicio particular, para clasificar los caminos y carreteras de la península e islas adyacentes, aunque su empleo ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de uso general⁸⁹. Manteniéndose esta expresión y sentido tanto en la Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877 como en la de 29 de junio de 1911⁹⁰. De manera que hasta la Ley de 19 de diciembre de 1974 no desapareció el término servicio público aplicado a las carreteras, siendo sustituido a partir de entonces por la expresión «vías de dominio o uso público» (art. 2)⁹¹.

De igual modo, también en la legislación referida a la construcción del ferrocarril se contempló la idea del dominio público, de manera que tanto el artículo 3 de la Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855⁹² como el artículo 7 de la Ley de 23 de noviembre de 1877⁹³ declararon de dominio público todas las líneas de ferrocarril destinadas al servicio general, excluyendo las asignadas al servicio particular. Y la Real Orden de 17 de septiembre de 1860 recordó que eran bienes de dominio público las cosas destinadas a la utilidad general de los habitantes de la Nación, sin que particular alguno pudiera alegar derecho propio, como sucedía con las carreteras, los ríos, las riberas y los puertos entre

poseen o administran el Estado y las Corporaciones civiles. *Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Hipotecarios*, 1991, IV-I; pp. 18-22.

⁸⁷ En relación a los problemas que plantea la inscripción registral del dominio público véase PAREJO GAMIR, 1975.

⁸⁸ Ley de Carreteras de 27 de julio de 1857. 1857. *Colección Legislativa*, 73; pp. 77-82.

⁸⁹ GALLEGO ANABITARTE, 1986, I; pp. 327 y 328.

⁹⁰ Ley de 29 de junio de 1911 de subvenciones del Estado para caminos vecinales. Aranzadi, 1976, III; pp. 1724-1726.

⁹¹ Artículo 1 de la Ley de Carreteras de 19 de diciembre de 1974. Aranzadi, 1976, III; pp. 1947-1955.

⁹² Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855. 1855. *Colección Legislativa*, 65; pp. 233-242.

⁹³ Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877. Véase en MEDINA y MARAÑÓN, 1907; pp. 625-636.

otras⁹⁴. Y por otra parte, la Orden de 25 de abril de 1860 aclaró que dentro del dominio público de la Nación, que conforme al artículo 20 de la Ley General de Ferrocarriles de 1855 debía de concederse a las empresas ferroviarias, no se encontraban los bienes propios y comunes de los pueblos. Bienes que pertenecían exclusivamente a los pueblos y sus productos estando destinados por las leyes al sostenimiento de las cargas y obligaciones y servicios municipales, razón por la cual el Gobierno no podía ni cederlos ni disponer de ellos con perjuicio de sus dueños sin la oportuna indemnización⁹⁵.

Al margen de estos precedentes, la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 será la que sienta la base para la ampliación de la idea del dominio público a los bienes afectos a un servicio público al extender el dominio público a las obras destinadas a servicios a cargo del Estado⁹⁶.

De acuerdo con el artículo 1 se entiende por «obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos». Al primer grupo pertenecen los caminos, ordinarios y de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos. Y en el segundo se incluyen los edificios públicos destinados a servicios que dependan del Ministerio de Fomento.

3. LA INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

La definitiva diferenciación entre dominio público y dominio privado de la administración se alcanza en España con la promulgación del Código Civil de 1888-1889, cuyo contenido se distancia del tratamiento que los bienes públicos habían recibido en el Proyecto de Código Civil de 1836⁹⁷ que, inspirado en el Código Civil francés, preveía un concepto unitario de propiedad pública. Por lo que se refiere al Proyecto de 1851⁹⁸, aunque de los preceptos dedicados a los bienes públicos podría deducirse que tampoco en este texto sus autores se plantearon diferenciar entre los distintos bienes que forman parte de la propiedad pública, la lectura de los artículos dedicados a la prescripción y de los comentarios que el principal autor del trabajo, Florencio García Goyena, redactó sobre el texto del Proyecto⁹⁹, obliga a matizar esta primera conclusión. Sin

⁹⁴ Referencia tomada de MUÑOZ MACHADO, 2004; p. 818.

⁹⁵ Real Orden de 25 de abril resolviendo que los bienes propios y comunes de los pueblos no se hallan comprendidos entre los que bajo la denominación de dominio público se ceden gratuitamente por la Ley General de Ferrocarriles de junio de 1855 a las empresas de dichas vías. 1860. *Colección Legislativa*, 83; p. 350.

⁹⁶ Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Aranzadi, 1977. XVII; pp. 804-813.

⁹⁷ *Proyecto de Código Civil de 1836*, publicado en Lasso Gaité, 1970, IV-II; pp. 89-320.

⁹⁸ *Proyecto de Código Civil de 1851*, publicado en Lasso Gaité, 1970, IV-II; pp. 321-496.

⁹⁹ GARCÍA GOYENA, 1852.

embargo, en cualquier caso, en el Proyecto de 1851 no se delimita con precisión la diferencia entre dominio público y dominio privado. Por tanto el esquema que finalmente se refleja en el texto de 1888-1889 no es ni el del Proyecto de 1836 ni el del texto de 1851, sino que, en lo sustancial, es el que aparece en el Proyecto de Código Civil de 1882¹⁰⁰.

A) Los bienes públicos en los Proyectos de Código Civil de 1836, 1851 y 1882

En los Proyectos de 1836 y 1851, los artículos referidos a los bienes públicos se sitúan en el capítulo dedicado a la clasificación de los bienes atendiendo a la persona a la que pertenecen. En el artículo 617 del Proyecto de 1836 se señala que las cosas que son objeto de adquisición civil pueden pertenecer al Estado, al común o concejo de algún pueblo y a los particulares, mientras que en el artículo 385 del Proyecto de García Goyena se dice que integran la propiedad pública los bienes que pertenecen al Estado, los del patrimonio real destinado a la dotación permanente de la Corona y los que corresponden a una provincia o pueblo de la Monarquía.

En relación a los bienes que forman parte de esta propiedad pública, mientras que en el Proyecto de 1836 sus redactores se limitaron a formular un listado de bienes muy similar al previsto en el Código Civil francés¹⁰¹, en el de 1851 se incluyen, junto a los bienes que tradicionalmente se habían considerado cosas públicas, las obras públicas. Previéndose, además, la posibilidad de que cualquier ley especial declare nuevos bienes propiedad del Estado¹⁰².

Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a estos bienes, de acuerdo con el artículo 752 del Proyecto de Tapia, Ayuso y Vizmanos de 1836, son prescriptibles con la excepción de aquellos que no sean objeto de comercio, entre los que se mencionan expresamente los puertos, las costas y los caminos públicos. Y, en el Proyecto de 1851, su artículo 388 prevé la posibilidad de

¹⁰⁰ Proyecto de Código Civil (Libros I y II) de 1882. En Lasso Gaité, 1970, IV-II; pp. 546-607.

¹⁰¹ Son bienes del Estado los caminos públicos, los ríos y los puertos, las costas y riberas españolas, las murallas, fosos y demás fortificaciones, y los bienes mostrencos (art. 618). Y pertenecen al común o concejo de los pueblos los montes, dehesas, pastos, fuentes, plazas, heredades y edificios que dan algún fruto o renta (arts. 618 y 619).

¹⁰² Artículo 386: «Pertenecen al Estado: 1.º Los puertos, radas, ensenadas y costas del territorio español en la extensión que determinan las leyes especiales. 2.º Los caminos, canales y demás obras públicas, construidas y conservadas a expensas del Estado. 3.º Los ríos, aunque no sean navegables, su álveo, y toda agua que corre perennemente dentro del territorio español, con las limitaciones contenidas en la sección 2.ª, cap. II, tít. V de este libro. 4.º Las riberas de los ríos navegables, en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegación. 5.º Los bienes que no tienen dueño, o que no lo tienen conocido, y los de las herencias vacantes conforme al artículo 783. 6.º Todos los demás que por leyes especiales estén declarados o se declaren en adelante propiedad del Estado».

Artículo 387: «Pertenecen a una provincia o pueblo de la Monarquía los caminos o canales construidos respectivamente a sus expensas, y todos aquellos bienes que posee para el uso y aprovechamiento de sus habitantes, o para subvenir a sus gastos, bajo las reglas establecidas por la Administración del Estado».

enajenación y prescripción de los bienes del Estado, de las provincias y de los pueblos conforme a la legislación especial que se dicte, pero el 1936 declara prescriptibles sólo los bienes y derechos del Estado susceptibles de propiedad privada y el 1937 limita la prescripción a los bienes que se encuentren en el comercio de los hombres a no ser que una ley especial lo prohíba.

Ahora bien, ¿qué entiende la Comisión que redacta el Proyecto de 1851 por «bienes y derechos del Estado susceptibles de propiedad privada?, ¿qué bienes son considerados fuera del comercio? , ¿se piensa en la existencia de un dominio público del Estado contrapuesto a un dominio privado del mismo Estado? Las respuestas a estas cuestiones ayudarán a determinar si en el Proyecto de 1851 existe un concepto unitario de dominio público o, por el contrario, sus autores tienen en mente la diferencia entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Las encontramos en los comentarios que realizó el propio García Goyena al articulado del Proyecto ¹⁰³.

De la lectura de estos comentarios se desprende que los autores del Proyecto clasifican los bienes públicos en función de a quién pertenecen, separando los del Estado, los del patrimonio real, los de las provincias y los de los pueblos. Y, simultáneamente, entienden que dentro de la propiedad pública del Estado se debe distinguir entre los bienes que integran el dominio público cuyo uso pertenece a todos, la propiedad a nadie y son imprescriptibles, y los bienes de que el Estado es titular como un particular, susceptibles de prescripción.

En este sentido, es muy clarificador el siguiente párrafo, extraído de estos comentarios que, aunque referido a las aguas, puede aplicarse a toda la propiedad pública del Estado.

«Por lo demás, importa poco la variedad de palabras. «Dominio público, Regio dominio, Estado»: el espíritu de los tres artículos es uno mismo; en ellos se entiende la pertenencia de las aguas en el sentido que la de todas las cosas, cuyo uso pertenece a todos y la propiedad a ninguno, por no ser susceptibles de propiedad privada; el Estado no ejerce en ellas sino un derecho de protección para asegurar su goce a todos; a diferencia de las que por estar en el comercio de los hombres y ser susceptibles de propiedad privada, puede el Estado adquirir las y transmitir las bajo este mismo concepto» ¹⁰⁴.

En otro de los pasajes de los mismos comentarios, García Goyena señala que de los bienes del Estado, los vacantes, contemplados en el artículo 386.5, son los únicos susceptibles de propiedad privada, de manera que el resto de los bienes del Estado previstos en este artículo 386 deben ser considerados de dominio público ¹⁰⁵. En consecuencia, en el Proyecto de 1851, son de dominio público: los puertos, radas, ensenadas y costas del territorio español en la

¹⁰³ GARCÍA GOYENA, 1852.

¹⁰⁴ GARCÍA GOYENA, 1852, I; pp. 425 y 426 (comentario a la Sección II, cap. II, tít. V del Libro II).

¹⁰⁵ «... En lo sucesivo sólo serán prescriptibles los bienes o derechos del Estado susceptibles de propiedad privada, como los del número 5 del artículo 386 (bienes vacantes), pero no los otros comprendidos en el mismo». GARCÍA GOYENA, 1852, comentarios al artículo 1936.

extensión que determinan las leyes especiales; los caminos, canales y demás obras públicas, construidas y conservadas a expensas del Estado; los ríos, aunque no sean navegables, su álveo, y toda agua que corre perennemente dentro del territorio español, con las limitaciones previstas en el mismo Proyecto; las riberas de los ríos navegables, en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegación, y todos los demás que por leyes especiales estén declarados o se declaren en adelante propiedad del Estado.

Por otra parte, en relación a los bienes municipales, los autores del texto de 1851 entienden que el régimen jurídico aplicable es distinto en función de si se aprovechan comunalmente, en cuyo caso son imprescriptibles, o si constituyen una fuente de renta para el pueblo, lo que supone que se encuentran en el tráfico mercantil y son prescriptibles¹⁰⁶.

Obsérvese el distinto tratamiento que los bienes municipales de aprovechamiento comunal reciben en la obra de Proudhon y en el Proyecto español de 1851. Para el jurista francés los bienes de aprovechamiento comunal formaban parte del dominio municipal comunal, por tanto del dominio privado de los municipios. Eran enajenables y prescriptibles. En cambio, en el Proyecto de García Goyena estos bienes aparecen como imprescriptibles e inalienables. Diferencia que se explica en la siguiente circunstancia. En Francia, como ya se ha señalado anteriormente, a partir del bienio 1792-1793, se repartieron muchos bienes de aprovechamiento comunal entre los vecinos de cada población, lo que supuso que, en virtud de la legislación revolucionaria, estos bienes no fueran inalienables. Por este motivo, en el momento en que Proudhon estableció la distinción entre dominio público y dominio privado no tenía sentido que los incluyera en el dominio público municipal, dominio inalienable e imprescriptible. Por el contrario, en España en 1851 aún no se ha puesto en marcha la desamortización civil, y por tanto, manteniéndose la tradición de los siglos anteriores, los autores del Proyecto consideraron normal mantener fuera del tráfico mercantil los bienes de aprovechamiento comunal con el fin de proporcionarles la protección que las reglas de inalienabilidad e imprescriptibilidad les otorgaban.

Del análisis de estas ideas extraídas de los comentarios de García Goyena es posible deducir dos conclusiones. En primer lugar que, a diferencia de lo previsto en el Proyecto de 1836, en el de 1851 se acoge la distinción francesa entre dominio público y dominio privado del Estado, aunque su formulación en el articulado no resulte clara. En segundo lugar, y en relación a los bienes de aprovechamiento comunal, que el legislador español se aparta del tratamiento que estos bienes reciben en las mismas fechas en Francia, de manera que en nuestro país siguen siendo considerados inalienables e imprescriptibles.

Reanudado el proceso de elaboración del Código civil en la Restauración, el tratamiento que se da a los bienes públicos en el Proyecto de 1882 supone la expresa adopción de la tesis del dominio público de Proudhon, diferenciándose entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales. El artículo 340 precisa

¹⁰⁶ GARCÍA GOYENA, 1852, comentarios al artículo 1937.

que «los bienes públicos son de dominio público o de propiedad privada»; el 341 que «son de dominio público los caminos, costas, riberas, puertos, playas, radas y costas, ríos y torrentes, minas, muros y fortalezas y otros análogos que están destinados a servicios o usos de carácter general»; y el 342 que «Todos los demás bienes pertenecientes al Estado tienen el carácter de patrimoniales».

Nótese que, por primera vez en el proceso codificador civil, aparece la idea de servicio público vinculada a la de dominio público, planteamiento tomado de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, aunque en este Proyecto no tenga aún la precisión que alcanzará en el Código de 1888-1889.

Siguiendo el modelo de Proudhon, en el Proyecto de 1882 se considera que la afectación a un uso público es el elemento que determina la pertenencia de un bien al dominio público. Motivo por el cual si los bienes del demanio público dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio se convierten en bienes patrimoniales del Estado (art. 343).

En relación a los bienes de las provincias y de los municipios se diferencia ya de manera expresa entre los de uso público y los bienes patrimoniales (art. 345).

B) Dominio público y bienes patrimoniales en el Código civil de 1888-1889

Sobre la base del Proyecto de 1882 se redactaron los dos primeros Libros del Código español, de manera que muchas de las novedades introducidas en aquéllos se incorporaron al texto final. Sin embargo, en relación al dominio público y a los bienes patrimoniales, los autores del Código de 1888-1889 no se limitaron a reproducir literalmente los artículos del Proyecto, sino que introdujeron algunas innovaciones.

Como sucedía en los proyectos anteriores, los preceptos del Código referidos a las cosas públicas se sitúan en el capítulo dedicado a los bienes según las personas a las que pertenecen, afirmándose que los bienes son de dominio público o de propiedad privada¹⁰⁷. Los artículos 339 y 340 contemplan la distinción entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales del Estado, éstos sujetos al mismo régimen jurídico que los bienes de propiedad privada. Diferenciación que se establece, de igual modo, para los bienes de los pueblos en los artículos 343 y 344¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Esta ubicación fue criticada por Fernández de Velasco por la falta de coherencia que existe entre la rúbrica y el contenido de los artículos que comprende. FERNÁNDEZ DE VELASCO, 1942.

¹⁰⁸ Bienes de uso público de los pueblos y de las provincias son los caminos provinciales y los vecinales, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias (art. 344). Nótese que en este momento, a diferencia de lo previsto en el Proyecto de 1851, los bienes de aprovechamiento comunal ya quedan fuera del dominio público municipal. En nuestro país la desamortización civil está en marcha desde 1855, lo que ha supuesto que los bienes de aprovechamiento comunal dejen de ser inalienables e imprescriptibles. Motivo por el cual, en este momento, los bienes de aprovechamiento comunal ya no tienen cabida en el dominio público municipal.

Precisando la distinción entre los bienes del dominio público destinados al uso público y los afectos a un servicio público, prevista ya en la Ley General de Obras Públicas de 1877 y en el Proyecto de 1882, el artículo 339 distingue entre los bienes destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos, y los que sin ser de uso común están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión ¹⁰⁹.

Se prevé, de igual modo, que los bienes del dominio público que dejen de estar destinados a un uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, se conviertan en bienes patrimoniales del Estado.

El tratamiento que las minas reciben en el Código civil español constituye una novedad importante en la legislación española. Es la primera vez que se integran en el dominio público de acuerdo con la teoría del dominio público de Proudhon, porque aunque en 1868 habían sido calificadas de dominio público, el sentido dado a esta expresión en aquella ocasión había sido bien distinto.

Desde la Edad Media las minas habían constituido una regalía de la Corona, formando parte del patrimonio de ésta, sin que en época moderna se produjera cambio alguno. Situación que se mantiene en España en los inicios del Estado liberal, porque en el artículo primero del Real Decreto de 4 de junio de 1825 se afirma que, perteneciendo a la Corona y al Señorío Real el dominio supremo de las minas de todos los Reinos de la Monarquía, nadie tiene derecho a beneficiarlas si no es a través de una concesión ¹¹⁰.

Concepción regaliana de las minas que cambia con la promulgación de las Leyes de 11 de abril de 1849 ¹¹¹ y 6 de julio de 1859 ¹¹². Ambas declaran que las minas corresponden al Estado ¹¹³, lo que, sin embargo, no significa que sean

¹⁰⁹ La distinción entre bienes destinados al uso público y a un servicio público prevista para los bienes del Estado no se adopta para los de los pueblos, en relación a los cuales sólo se prevé el uso público. Situación que no cambiará hasta la Ley de Bases de Régimen Local de 1944.

¹¹⁰ Real Decreto de 4 de junio de 1825, aprobando la Ley general de minas. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1071-1074.

¹¹¹ Ley de 11 de abril de 1849 dictando disposiciones sobre el ramo de minas. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1089-1094.

¹¹² Ley de minas de 6 de julio de 1859. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1111-1122.

¹¹³ Por ser bienes del Estado, y de acuerdo con la Ley desamortizadora de 1855, las minas formaron parte de los bienes declarados en estado de venta, con la excepción de las minas de Almadén expresamente incluidas entre los bienes exceptuados de la desamortización conforme al artículo 2.7 (Ley de 1 de mayo de 1855, declarando en estado de venta todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al Estado, clero y cualesquiera otros pertenecientes a manos muertas. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1248-1251). Sin embargo, apenas un año después, el artículo 2 de la Ley de 11 de julio de 1856 limitó considerablemente la desamortización de las minas al establecer que la venta de las minas del Estado sería objeto de leyes especiales (Ley de 11 de julio de 1856, dando instrucciones para la enajenación de

declaradas bienes patrimoniales del Estado contrapuestos al dominio público en el sentido de la tesis de Pardessus y de Proudhon. En estas leyes no se distingue aún entre unos bienes de dominio público y unos bienes patrimoniales del Estado. Se considera que el Estado dispone de un único dominio compuesto por diversos bienes, entre los que se encuentran las minas, con los que mantiene una relación bastante similar a la de la propiedad privada. Suprimida la regalía de la Corona sobre las minas, en lugar del Rey, ahora es el Estado su titular. De manera que la filosofía que se encuentra detrás de estas normas es la misma que inspiró a los revolucionarios franceses y, por su influencia, a los redactores del Código civil francés en el momento en que utilizaron como sinónimas las expresiones «dominio público» y «dominio nacional» y presentaron un concepto unitario de tal dominio.

El mismo planteamiento se constata detrás de la Ley de 4 de marzo de 1868¹¹⁴ y en el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1868¹¹⁵. En la exposición de motivos de este segundo texto, en lugar de referirse a la existencia de un dominio del Estado o de afirmarse que las minas corresponden al Estado, como se había hecho en 1849 y 1859, se emplea el término dominio público. Sin embargo, como señala Barcelona Llop¹¹⁶, en esta ocasión no se utiliza la expresión «dominio público» en el sentido de Proudhon como bienes de uso común, inalienables e imprescriptibles, contrapuestos a los bienes patrimoniales del Estado. Los redactores del texto siguen manejando un concepto unitario de dominio público, sin diferenciar entre bienes de uso público y bienes patrimoniales. En este contexto el término «dominio público» es equivalente tanto al de «dominio nacional» como al de «dominio del Estado». De nuevo el esquema del texto revolucionario de 1790 y del Código civil francés influye en el legislador español¹¹⁷.

En este sentido es muy elocuente el siguiente párrafo extraído de la exposición de motivos del decreto de diciembre de 1868:

«El antiguo derecho de España en materia de minas partía del principio regalista, y así las declaraba solemnemente propiedad del Soberano el decreto de 4 de julio de 1825, reflejo fiel de las absurdas y monstruosas ordenanzas de Felipe II. Transformada en época posterior la manera política de ser de la

los bienes nacionales. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1253-1256). Posibilidad que se puso en marcha en algunas ocasiones. Así, el Decreto-Ley de 16 de junio de 1869 declaró en estado de venta las salinas de la Hacienda con la excepción de las salinas de Torreveja, Imón y Los Alfaques; la Ley de 25 de junio de 1870 puso en venta las minas de Riotinto; la Ley de 9 de julio de 1889 puso en venta las minas de carbón piedra de los concejos de Riosa y Morcín, y la de hierro, denominada Castañedo del Monte, en Asturias (citadas de BARCELONA LLOP, 1996; p. 45).

¹¹⁴ Ley de minas de 4 de marzo de 1868, reformando la de minas de 6 de julio de 1859. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1138-1143.

¹¹⁵ Decreto de 29 de diciembre de 1868, estableciendo bases generales para la nueva legislación de minas. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1164-1170.

¹¹⁶ BARCELONA LLOP, 1996; p. 50.

¹¹⁷ De acuerdo con este razonamiento no comparto la idea de una utilización incorrecta del término «dominio público» en 1868 sostenida por algunos autores. No hubo un uso inapropiado

sociedad española, como de toda la sociedad europea, sustituida al antiguo Monarca de derecho divino, que en su persona resumía la Nación entera, la entidad colectiva del Estado natural era sustituir al derecho regalista el dominio público, como así lo entendieron y claramente lo consignaron las leyes de 11 de abril de 1849 y de 11 de julio de 1859; y así también ha llegado esta importantísima legislación hasta el momento presente, salvo ligeras modificaciones de detalle, que en nada afectan al espíritu general que la inspiró».

Por tanto, el concepto de dominio público que se utiliza en la legislación de minas de 1849, 1859 y 1868 no es el de la teoría de Proudhon, sino el de los legisladores franceses de la Revolución y del Código civil. Lo que sin duda constituye un anacronismo que sorprende más en 1868 que en 1849 y 1859 porque han transcurrido más años desde la exposición de Proudhon que Colmeiro popularizó en España y, sobre todo, porque en 1866 se ha promulgado la Ley de Aguas que con absoluta claridad asume la tesis del dominio público de Proudhon, para quien las minas son bienes patrimoniales.

Finalmente, conforme al artículo 339.2 del Código de 1888-1889, de igual modo que estaba previsto en el Proyecto de 1882, las minas pasan a formar parte del dominio público afecto al fomento de la riqueza nacional, mientras que no se otorgue su concesión, medida que impide su desamortización. Esta referencia final a la concesión, que no aparecía en el Proyecto de 1882, plantea la duda de si la calificación de dominio público de las minas afecta tanto al yacimiento como a los frutos porque, según Barcelona Llop, la dominialidad de las minas no parece compatible con la posibilidad de adquirirlas en propiedad a través de un título concesional. Cuestión que parece que se resuelve en las Leyes de Minas de 1944 y 1973 de las que se deduce que es la mina el bien de dominio público, sin perjuicio de que el concesionario se apropie de los minerales separados del yacimiento¹¹⁸.

4. LA INTRODUCCIÓN EN ESPAÑA DE LA TESIS DE HAURIUO DE LA MANO DE FERNÁNDEZ DE VELASCO

La tesis de Proudhon inspira la doctrina española hasta las primeras décadas del siglo xx, pues en 1921 se introduce en España la teoría dominical de Hauriou.

En efecto, en 1921 la tesis patrimonialista del dominio público de Hauriou se divulga en España por Fernández de Velasco quien afirma que el dominio

del término. Tan sólo se utilizó con un significado diferente del proporcionado por Proudhon que es el manejado por estos autores. Tampoco me parece aceptable la tesis de quienes afirman que el concepto de dominio público utilizado en 1868 es el viejo concepto de regalía, de un derecho privativo de la Corona, ahora del Estado, o una reserva de las minas a favor del Estado lo que en la práctica supondría una prohibición general de explotación de las minas con posibilidad de obtener una concesión porque el Rey pierde cualquier derecho sobre las minas y porque sólo en relación a algunas minas se fija una reserva a favor del Estado en los términos en los que se había previsto en la Ley de 1859 (GALLEGO ANABITARTE, 1986, I; pp. 346-347).

¹¹⁸ BARCELONA LLOP, 1996; pp. 53-54 y 64-65.

público es fundamentalmente una forma de propiedad inalienable e imprescriptible y que en esencia reside en la afectación o destino de determinados bienes a la utilidad pública¹¹⁹. Con los años, esta corriente doctrinal acaba convirtiéndose en la tesis mayoritaria en la doctrina administrativista española como se refleja en la obra de, por ejemplo, Ballbé¹²⁰, Álvarez-Gendín¹²¹, Guaita¹²², García de Enterría¹²³ y Garrido Falla¹²⁴. La teoría tiene también eco en la doctrina del Consejo de Estado y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹²⁵.

Actualmente, sin llegar a desaparecer del todo esta teoría (que defiende, por ejemplo, Sainz Moreno¹²⁶), ha ido cobrando relieve una nueva corriente que niega la tesis dominical del dominio público, defendiendo la idea de que la técnica jurídica del dominio público no es sino un título de intervención administrativa, dirigido a proteger y ordenar la utilización de determinados bienes de interés general. Postura reflejada en la obra de autores como Villar Palasí¹²⁷, Parejo Gamir y Rodríguez Oliver¹²⁸, Gallego Anabitarte¹²⁹, Parejo Alfonso¹³⁰, entre otros, a los que cabe añadir González García quien refuta la tesis de la titularidad dominical y propone su sustitución por la titularidad de las competencias y funciones que las diversas Administraciones Públicas ejercen sobre el dominio público¹³¹. Incluso el propio Tribunal Constitucional no se ha mostrado proclive a la visión patrimonialista del dominio público¹³².

VI. EL PATRIMONIO PRIVADO DEL ESTADO: LOS BIENES DE LA CORONA Y LOS MONTES

Paralelamente a la configuración de la noción de dominio público fue cobrando cuerpo la de patrimonio o propiedad privada del Estado, considerándose que aquéllos bienes que no formaban parte del dominio público integra-

¹¹⁹ FERNÁNDEZ DE VELASCO, 1921 y 1942.

¹²⁰ BALLBÉ, 1945.

¹²¹ ALVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, 1956.

¹²² GUAITA, 1956.

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984-1985 y 1998.

¹²⁴ GARRIDO FALLA, 2002; pp. 453-556.

¹²⁵ Sentencias de 27 de octubre de 1967, 17 de marzo de 1980, 28 de febrero de 1986, 4 de febrero de 1988, 23 de enero de 1990, entre otras.

¹²⁶ SAINZ MORENO, 1998.

¹²⁷ VILLAR PALASÍ, 1964.

¹²⁸ PAREJO GAMIR Y RODRÍGUEZ OLIVER, 1976.

¹²⁹ GALLEGO ANABITARTE, 1982; p. 233 y 1986; pp. 45 ss., y 341 ss., p. 363: «Lo característico de los bienes de dominio público es que el título jurídico fundamental para su regulación e intervención es el poder público y no el dominio o la propiedad».

¹³⁰ PAREJO ALFONSO, 1983.

¹³¹ GONZÁLEZ GARCÍA, 1998.

¹³² STC 227/1988, de 29 de noviembre: «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho

ban el patrimonio privado de éste. Propiedad del Estado que no es asimilable a la propiedad privada prevista en el Código civil por cuanto se trata de una propiedad de Derecho Público a la que se le aplican unas reglas distintas a las comunes.

El reconocimiento de la existencia de unos bienes patrimoniales del Estado debe ponerse en relación con la desamortización civil prevista en la Ley de 1855 que incluía al Estado entre las manos muertas cuyos bienes se declaraban en estado de venta¹³³. ¿Cómo fue posible compatibilizar el mantenimiento de ciertos bienes en manos del Estado con la desamortización de sus bienes prevista en aquella norma? La respuesta la proporciona la propia Ley desamortizadora que por la vía de las excepciones permitió no sólo que los pueblos conservaran los bienes de aprovechamiento comunal y un patrimonio privado, sino también que el Estado contará con unos bienes patrimoniales.

La previsión del artículo primero de la Ley de 1855 que declaraba en estado de venta los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al Estado hubiera supuesto la desaparición del patrimonio del Estado si no llegan a incluirse entre los bienes exceptuados de la desamortización, previstos en el artículo segundo, los edificios y fincas destinados o que el Estado destinara al servicio público, los montes y bosques cuya venta no fuera considerada oportuna por el Gobierno, las minas de Almadén, las salinas y, en general, cualquier edificio o finca cuya venta no fuera considerada oportuna por el Gobierno.

En la actualidad diversos bienes forman parte de esta categoría, sin embargo, a continuación sólo se tratará de los bienes de la Corona y de los montes, por ser los bienes más importantes que en el siglo XIX adquirieron la condición de patrimoniales del Estado.

1. EL PATRIMONIO DE LA CORONA¹³⁴

Aun cuando las Cortes de Cádiz decretaran el 22 de marzo de 1811 la enajenación de los edificios y fincas que formaban parte del Patrimonio Real, exceptuando los palacios, sotos y sitios reales, la idea del Patrimonio de la Corona no desapareció porque el artículo 214 de la Constitución de Cádiz estableció que pertenecían al Rey todos los palacios reales que habían disfrutado sus predecesores y que las Cortes señalarían los terrenos que tuvieran por conveniente reservar para el recreo de su persona. Precepto que no se desarrolló en ninguna de las etapas en las que aquel texto constitucional estuvo en vigor.

tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares».

¹³³ Ley de 1 de mayo de 1855, cit.

¹³⁴ En relación a la evolución del régimen jurídico del patrimonio de la Corona a lo largo del siglo XIX véanse COS-GAYÓN, 1881 y LÓPEZ RODÓ, 1954.

La Ley de 12 de mayo de 1865¹³⁵ estableció la relación de bienes que debían formar parte del Patrimonio de la Corona (arts. 1 y 2); ordenó la venta de los demás bienes que hasta entonces habían formado parte del Patrimonio Real y que no debían de continuar unidos a la Corona (art. 22); declaró indivisibles, inalienables, imprescriptibles, no sujetos a gravamen e indisponibles por el Monarca los bienes del Patrimonio de la Corona (art. 5); y separó el Patrimonio de la Corona del patrimonio privado del monarca (art. 17).

Tras la Revolución de 1868, el Patrimonio de la Corona desaparece con la Ley de 18 de diciembre de 1869 que supone la reversión a la Nación de los bienes que desde 1865 formaban parte de él¹³⁶. Además, declara en venta todos los bienes del antiguo Patrimonio de la Corona revertidos a la Nación con la excepción de los que se destinasen al uso y servicio del Rey; los que por su carácter histórico o artístico se considerara oportuno conservar; los que conviniere destinar para algún servicio del Estado; y los que con arreglo a la Ley de 9 de junio de 1869 se cedieran para las servidumbres públicas y usos comunes de los pueblos enclavados en los territorios que fueron de la Corona¹³⁷.

Tras la restauración de la Monarquía, el Decreto de 14 de enero de 1875 devolvió la administración de estos bienes a la Real Casa y la Ley de 26 de junio de 1876 determinó de nuevo los edificios, bienes y derechos que integraban el Patrimonio de la Corona, remitiéndose a la enumeración contenida en la Ley de 12 de mayo de 1865¹³⁸. Se excluían los bienes que incluidos en aquella se hubieran enajenado o dedicado a servicios públicos desde entonces.

El Código civil de 1888-1889 no supuso ninguna novedad en relación al Patrimonio Real porque el artículo 342 remitió la determinación de su régimen jurídico a una ley especial. Posteriormente, el Decreto republicano de 20 de abril de 1931 ordenó la incautación por el Estado de los bienes del Patrimonio que había sido de la Corona de España, disposición que se completó con la Ley de 22 de marzo de 1932 que determinó el destino de los bienes del antiguo Patrimonio y la creación del llamado «Patrimonio de la República». En la etapa franquista, la Ley de 7 de marzo de 1940 restableció el patrimonio de la Corona bajo la denominación de Patrimonio Nacional¹³⁹. Finalmente, el artículo 132.3 de la Constitución de 1978 establece que por ley se regulará el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y

¹³⁵ Ley de 12 de mayo de 1865, fijando los bienes que habían de formar el Patrimonio de la Corona y ordenando la venta de los demás a favor del Estado. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1260-1262.

¹³⁶ Ley de 18 de diciembre de 1869, declarando extinguido el Patrimonio de la Corona, revertiendo al Estado en pleno dominio, sus bienes y derechos y los de la Real Casa, y disponiendo su enajenación, con las excepciones que se expresan. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1263-1265.

¹³⁷ Ley de 9 de junio de 1869, fijando el carácter y destino de los conventos, edificios y terrenos pertenecientes a la Nación. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1262-1263.

¹³⁸ Ley de 26 de junio de 1876. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1265-1266.

¹³⁹ Ley de 7 de marzo de 1940. ARANZADI, 1977, XVIII; pp. 25-27.

conservación. Eso ha hecho la Ley 23/1982, de 16 de junio (modificada en 1995), que sin pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los bienes que integran el Patrimonio Nacional (esto es, los de titularidad del Estado afectados al uso del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las leyes le atribuyen), dice que son imprescriptibles, inalienables e inembargables y que gozarán de las mismas exenciones tributarias que los bienes de dominio público del Estado.

2. LOS MONTES ¹⁴⁰

En la lista de los bienes exceptuados de la desamortización de 1855 se incluyeron los montes y bosques cuya venta no fuera considerada oportuna por el Gobierno. Previsión que constituyó una novedad porque desde el siglo XVIII los políticos españoles habían propuesto en reiteradas ocasiones la venta de los bosques y montes de la Corona, como queda reflejado en el *Informe sobre la Ley agraria* de Jovellanos ¹⁴¹.

A partir de entonces, a la hora de determinar los montes del Estado exceptuados de la desamortización, se entabló cierta contienda entre los funcionarios de los dos Ministerios afectados por las previsiones de la Ley desamortizadora relativas a los montes: el Ministerio de Fomento y el Ministerio de Hacienda. Mientras que desde el Ministerio de Fomento, bajo la clara influencia de la ciencia forestal alemana, se luchó por la conservación de los montes, desde el Ministerio de Hacienda se procuró la venta masiva de las masas forestales.

En este contexto, la Junta de Ingenieros de Montes elaboró en 1855 un Informe determinando las bases conforme a las que debía de decidirse qué montes se exceptuarían de la desamortización. En opinión de sus autores, el criterio a tener en cuenta debía de ser el de la especie arbórea dominante, sobre cuya base habrían de clasificarse los montes en tres categorías: los que no debían desamortizarse en atención a la función que cumplían en la preservación del clima, el suelo, el agua y el aire y al papel que desempeñaban en la economía; los que podrían desamortizarse siempre y cuando un estudio en detalle de su situación aconsejara tal medida, y, aquéllos cuya desamortización podía efectuarse sin problema alguno. Planteamiento que inspira el decreto de 26 de octubre de 1855 en el que se determinan aquellos tres tipos de montes ¹⁴². A la primera clase pertenecen los montes de abetos, pinabetes, pinsapos, pinos, enebros, sabinas, tejos, hayas, castaños, y avellanos, abedules, alisos, acebos, robles, rebollos, quejigos y piornos, cualesquiera que sean sus especies, su método de beneficio y la localidad donde se hallaren. El segundo grupo comprende los alcornocales, encinares, mestizales y coscojales en cualesquiera

¹⁴⁰ Esta parte de la exposición es por completo deudora de las dos monografías publicadas sobre la cuestión por CALVO SÁNCHEZ, 2001 y 2003.

¹⁴¹ JOVELLANOS, 1795; numerales 98-106.

¹⁴² Real Decreto de 26 de octubre de 1855. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1251-1253.

que sean sus variedades y sus métodos de beneficio, esto es, ya se aprovechen en monte alto, bajo o tallar, ya en dehesas de pasto o en dehesas de pasto y labor. Y, finalmente, se incluyen en la tercera clase las fresnedas, olmedas, lentiscales, cornicabrales, tarayales, alamedas, saucedas, retamares, acebuchales, almezales, bodejas, jarales, tomillares, brezales, palmitares y demás montes no comprendidos en los grupos anteriores.

El criterio de la especie dominante utilizado en 1855 se abandona en el Real Decreto de 22 de enero de 1862 en el que se determinó que sólo se exceptuarían de la desamortización los montes de pino, roble y haya que tuvieran, al menos, una extensión de 100 hectáreas y en el que se prevé la formación de un Catálogo de montes exceptuados. Aquel doble criterio se consolidó en la Ley de Montes de 24 de mayo 1863¹⁴³ y en el Real Decreto de 17 de mayo de 1865¹⁴⁴. La Ley clasifica los montes en públicos y en particulares y recoge el criterio de las tres especies y la cabida mínima como condiciones indispensables para que los montes pudieran ser propiedad del Estado.

Posteriormente, la Ley de Presupuestos de 30 de junio de 1892 fijó un nuevo criterio para determinar los montes enajenables: el de la utilidad pública. Criterio confirmado por la Ley de 30 de agosto de 1896 y por el Real Decreto de 20 de septiembre de 1896 en los que se declara que se entenderá por montes de utilidad pública las masas de arbolado y terrenos forestales que por sus condiciones de situación, de suelo y de área sea necesario mantener poblados o repoblar de vegetación arbórea forestal, para garantizar por su influencia física en el país o en las comarcas naturales donde tengan su asiento, la salubridad pública, el mejor régimen de las aguas, la seguridad de los terrenos, o la fertilidad de las tierras destinadas a la agricultura.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los montes públicos, es digno de señalar que el artículo 11.1 del Reglamento de la Ley de Montes de 1957, aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1962, sancione que, como regla, son patrimoniales. Esta cuestión, que ha dado lugar a ciertas controversias doctrinales habida cuenta de que el régimen jurídico de los montes públicos no ha sido el propio de los bienes patrimoniales, ha sido modificada por la Ley de Montes aprobada en 2003, conforme a la cual los públicos son mayoritariamente demaniales.

VII. LOS BIENES COMUNALES EN LA LEGISLACIÓN LIBERAL

A partir de la Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855¹⁴⁵, de diversas disposiciones que se dictaron en su desarrollo y de la interpretación que de estos textos legales hicieron tanto la doctrina como el Tribunal Supremo, se

¹⁴³ Ley de Montes de 24 de mayo de 1863. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1198-1199.

¹⁴⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 1199-1212.

¹⁴⁵ Ley de 1 de mayo de 1855, cit.

redefinieron sobre unas bases nuevas los conceptos de «bienes de propios» y de «bienes comunales», quedando éste reducido a los bienes de aprovechamiento comunal de los pueblos. Téngase en cuenta que si en el Antiguo Régimen se distinguía ya entre bienes comunales y bienes de propios, no existía contraposición entre ambos tipos de bienes porque los de propios estaban incluidos dentro de los comunales. Lo que fue posible porque el significado que entonces se confería al término «bien comunal» poco tiene que ver con el que se le atribuye a partir de 1855.

La expresión «comunal» se empleaba en el Antiguo Régimen para indicar que ciertos bienes pertenecían a una colectividad, que podía ser la de los seres vivos, la de los hombres o el común de una población. Con su utilización se incidía en la titularidad del bien y no en su aprovechamiento. Por ello, entre los bienes comunales de los pueblos se diferenciaba entre aquéllos que podían ser aprovechados por todos los vecinos y aquéllos que no podían aprovecharse libremente aun cuando fueran propiedad del común, que acabaron recibiendo el nombre de bienes de propios. De manera que, desde esta perspectiva, los bienes de propios en el Antiguo Régimen eran tan comunales como los de aprovechamiento común. Sólo a partir de la Ley de 1855 y, más en concreto, a partir del desarrollo jurisprudencial y doctrinal que se hizo de la misma, se puede hablar de bienes comunales o de propiedad comunal tal y como se entiende en la actualidad.

El artículo segundo de la Ley desamortizadora de 1855 se limitó a exceptuar de la desamortización los bienes de aprovechamiento comunal de los pueblos sin determinar qué se debía de entender por tal aprovechamiento. Por este motivo tuvieron que ser los jueces y el Consejo de Estado los que interpretaran y desarrollaran el precepto legal teniendo presente el artículo 53 de la Instrucción de 31 de mayo de 1855¹⁴⁶ y el artículo 4 del Real decreto de 10 de julio de 1865¹⁴⁷.

La interpretación que el Tribunal Supremo hizo del artículo 53 de la Instrucción de mayo de 1855 limitó considerablemente las excepciones al entender que el factor del aprovechamiento comunal debía de ser ininterrumpido desde al menos veinte años antes de la Ley desamortizadora¹⁴⁸. Esta declara-

¹⁴⁶ Artículo 53 de la Instrucción de 31 de mayo de 1855: «Si se suscitare duda o reclamación por parte de los legítimos interesados, sobre que se considere como de común una finca comprendida en la clase de propios, será objeto de un expediente que instruirá (el Comisionado Principal) con todos los antecedentes que puedan aclarar su verdadera naturaleza, circunstancias del predio, época u origen de su posesión, y en virtud de qué título. Este expediente contendrá el informe del Ayuntamiento, manifestando si se aprovecha de veinte años acá por el común de vecinos».

¹⁴⁷ Artículo 4: «Serán condiciones indispensables para conceder la excepción, por ser los terrenos de aprovechamiento común: Primera: Que el Ayuntamiento reclamante acredite la propiedad que tenga el pueblo en el terreno solicitado. Segunda: Que acredite que el aprovechamiento de los terrenos ha sido libre y gratuito para todos los vecinos, en los veinte años anteriores a la ley de 1 de mayo de 1855, y hasta el día de la petición, sin interrupción alguna. Tercera: En las dehesas boyales se acreditará además que producen pastos para el ganado de labor, y que toda la dehesa o la parte de ella que se reclama, es necesaria, atendido el número de cabezas destinadas en el pueblo a la agricultura».

¹⁴⁸ Con posterioridad se modificaron los requisitos para que un bien de aprovechamiento común pudiera ser exceptuado por que en los artículos 70 de la Ley Municipal de 1870 (Ley

ción acarreó graves problemas a los pueblos a la hora de acreditar tal extremo para poder beneficiarse de la excepción. Las dificultades se plantearon porque hasta entonces había sido frecuente no sólo que unos mismos bienes, en función de los aprovechamientos, fueran considerados en un momento de aprovechamiento comunal y en otro como propios, sino además que sobre tales bienes se efectuaran simultáneamente unos aprovechamientos de manera libre y gratuita y otros sujetos al pago de una renta.

A partir de la legislación desamortizadora los bienes de aprovechamiento comunal de los pueblos, que desde entonces se llaman simplemente bienes comunales, quedan de hecho excluidos del dominio público porque dejan de ser inalienables e imprescriptibles, de manera que pasan a ser considerados bienes patrimoniales de los pueblos. Reproduciéndose en nuestro país el mismo fenómeno que se había producido en Francia a partir de 1792-1793.

Esta calificación de los bienes comunales como bienes patrimoniales de los pueblos se refleja en la legislación hipotecaria¹⁴⁹ y se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 343 y 344 del Código civil¹⁵⁰.

Con posterioridad, el régimen de protección de los bienes comunales se ha ido aproximando al del demanio público y por ello en el artículo 188 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 1955, se proclamó su carácter inalienable, imprescriptible e inembargable, aunque se les calificaba formalmente de patrimoniales. Finalmente, el artículo 132.1 de la Constitución de 1978 sancio-

municipal de 20 de agosto de 1870. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SANTAMARÍA PASTOR, 1977; pp. 854- 876) y 75.1 del Real Decreto de 2 de octubre de 1877 se admitió la posibilidad de exigir arbitrios por el disfrute de los bienes comunales, razón por la cual la Ley de 8 de mayo de 1888, reguladora de ciertos aspectos relativos a la desamortización, y sus reglamentos de ejecución admitieron que pudieran exceptuarse bienes comunales en los que los aprovechamientos vecinales no fueran gratuitos y en la Ley de 11 de julio de 1878 se permitió el arrendamiento de los pastos sobrantes en los comunales.

¹⁴⁹ Real Decreto de 19 de junio de 1863 dicta varias prevenciones respecto a la inscripción del dominio de los bienes y derechos reales pertenecientes al Estado y Corporaciones civiles en los nuevos libros del Registro de la propiedad (*Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Hipotecarios*, 1991, IV-I; pp. 5-8); Real Orden de 20 de junio de 1863 dictando las reglas que se han de observar para la inscripción en el registro de la propiedad de los bienes y derechos del Estado, de las corporaciones civiles y del clero (*Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Hipotecarios*, 1991, IV-I; pp. 8-10); Real Decreto de 6 de noviembre de 1863 dictando reglas para la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales que posean o administren el Estado y las corporaciones civiles y no se hallen exceptuados de la desamortización (*Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Hipotecarios*, 1991, IV-I; pp. 10-16); Real Orden de 1 de febrero de 1864 mandando que se proceda por los alcaldes a la inscripción en los registros de la propiedad de todas las fincas que posean los ayuntamientos, así de propios como de aprovechamiento común (*Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Hipotecarios* 1991, IV-I; pp. 18).

¹⁵⁰ Artículo 343: «Los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales». Artículo 344: «Son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias. Todos los demás bienes que unos y otras posean, son patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales».

na la inalienabilidad e imprescriptibilidad de estos bienes con el máximo rango normativo (aun sin pronunciarse sobre su naturaleza jurídica) y la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (arts. 79.3 y 80.1) los incluye entre los de dominio público, zanjando así cualquier debate acerca de su naturaleza jurídica apoyado sólo en datos formales.

MARGARITA SERNA VALLEJO

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY LLOVERA, Joan: 1991. *Los puertos españoles en el siglo XIX*. Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Secretaría General Técnica.
- ALVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, Sabino: 1952. «El dominio público. Su fundamento y naturaleza jurídica». En *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, pp. 259-302.
- 1956. *El dominio público. Su naturaleza jurídica*. Barcelona: Bosch.
- 1974. «Concepto histórico del dominio público en la legislación y en la doctrina». En *Symposium Historia de la Administración (3.º) 1972*. Alcalá de Henares, España (ed.). *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*. Madrid: IEA, pp. 1-23.
- ARANZADI, Estanislao de: 1976. *Nuevo diccionario de legislación*. III y VII. Pamplona: Aranzadi.
- 1977. *Nuevo diccionario de legislación*. XVII y XVIII. Pamplona: Aranzadi.
- ARCENEGUI, Isidro E. de: 1991. «El patrimonio nacional. Naturaleza y régimen jurídico». En Martín-Retortillo, Sebastián (coord.). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. V. Madrid: Civitas, pp. 3905-3915.
- ARIAS BONET, José Antonio: 1959. «Dominio y utilidad pública en Derecho romano». En *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*. I. Madrid: Reus, pp. 30-46.
- AUBY, Jean-Marie y BON, Pierre: 1993. *Droit administratif des biens. Domaine. Travaux publics. Expropriation* (2.ª ed.). París: Dalloz.
- BALLBÉ, Manuel: 1945. «Concepto de dominio público», *Revista Jurídica de Cataluña*, 5, pp. 25-73.
- 1980. «Dominio público». En PELLISÉ PRATS, Buenaventura (ed.). *Nueva Enciclopedia Jurídica*. VII. Barcelona: Francisco Seix, pp. 772-786.
- BARCELONA LLOP, Javier: 1996. *La utilización del dominio público por la administración: las reservas dominiales*. Pamplona: Aranzadi.
- BARCKHAUSEN, Henri: 1902 y 1903. «Étude sur la théorie générale du domaine public», *Revue du Droit Public*, 18: pp. 401-446; 19: pp. 31-69.
- BASSOLS COMA, Martín: 1983. «Instituciones administrativas al servicio de la Corona: Dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional», *RAP*, 100-102 (II, enero-diciembre): pp. 891-933.
- BENEYTO PÉREZ, Juan: 1932. «Notas sobre el origen de los usos comunales», *AHDE*, 9: pp. 33-102.
- BERMEJO VERA, José: 1975. *Régimen jurídico del ferrocarril en España: (1844-1974): estudio específico de RENFE*. Madrid: Tecnos.
- BERMÚDEZ AZNAR, Agustín: 1974. «Bienes concejiles de propios en Castilla bajomedieval». En *Symposium Historia de la Administración (3.º) 1972*. Alcalá de Henares, España (ed.). *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*. Madrid: IEA, pp. 825-867.
- CALVO SÁNCHEZ, Luis: 2001. *La génesis histórica de los montes catalogados de utilidad pública (1855-1901)*. Madrid: Organismo Autónomo Parques Nacionales.
- 2003. *El Catálogo de Montes. Origen y evolución histórica (1859-1901)*. Madrid: Organismo Autónomo Parques Nacionales.
- ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA y CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS: 1991. *Leyes Hipotecarias y Registrales de*

- España. Fuentes y evolución. IV-I. Legislación complementaria.* Madrid: Editorial Castalia.
- COLMEIRO, Manuel: 1850. *Derecho administrativo español* (1.ª ed., 2 vols.). Madrid y Santiago de Compostela: Librería de D. Angel Calleja (edición facsímil, 1995. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública. 1865 (3.ª ed., 2 vols.). Madrid: Imprenta y Librería de Eduardo Martínez.
- COLOM PIAZUELO, Eloy: 1988. «Algunas reflexiones en torno a los comunales», *REALA*, 237: pp. 863-880.
- 1993. «Consecuencias de la implantación rígida de las municipalidades en la titularidad de los bienes de aprovechamiento vecinal», *REALA*, 258: pp. 289-336.
- 1994. *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*. Madrid: Tecnos y Gobierno de Aragón.
- 2002. «El proceso de formación de la noción de bien comunal y sus consecuencias: los aprovechamientos vecinales en Aragón». En Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano (coords.). *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*. Madrid: Colegio de Registradores, pp. 391-427.
- CORMENIN, Barón de: [S.f.] *Questions de droit administratif* (1.ª ed.). París: Impr. de Giraudet. 1837 (5.ª ed., 2 vols.). Bruselas: Adolphe Walhen.
- COS-GAYÓN, Fernando: 1881. *Historia jurídica del Patrimonio Real*. Madrid: Imprenta de Enrique de la Riva.
- DIOS DE DIOS, Salustiano de: «Doctrina jurídica castellana sobre adquisición y enajenación de los bienes de las ciudades (1480-1640)». En Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano (coords.). *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*. Madrid: Colegio de Registradores, pp. 13-79.
- DIOS DE DIOS, Salustiano de, INFANTE MIGUEL-MOTTA, Javier y ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO PÉREZ, Eugenia: 1999. *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX*. Madrid: Colegio de Registradores.
- 2002. *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*. Madrid: Colegio de Registradores.
- DOMAT, Jean: 1778. *Derecho Público*. Traducido al castellano por Juan Antonio Trespalacios (4 vols.). Madrid: Imprenta de Benito Cano. Reedición, 1985. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- DUGUIT, Léon: 1930. *Traité de Droit constitutionnel* (3.ª ed., 5 vols.). París: E. de Boccard.
- FENET, P. A.: 1968. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Reimpresión de la edición de 1825. Osnabrück: Otto Zeller.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo: 1921. «Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou. Aplicación a la legislación española», *Revista de Derecho Privado*, 94-95: pp. 230-236.
- 1942. «Sobre la incorporación al Código civil español de la noción de dominio público», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 8-11 (Homenaje a J. Gascón y Marín): pp. 113-127.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, Luis Carlos: 1997. *Derecho de minas en España (1825-1996)*. Granada: Comares.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, y SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: 1977. *Legislación administrativa española del siglo XIX*. Madrid: IEA.
- FOUCART, Émile Victor: 1834-1835. *Elements de droit public et administratif* (1.ª ed., 2 vols.). París: Videcoq. 1839 (2.ª ed., 3 vols.) París: Videcoq.

- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: 1982. «Los cuadros del Museo del Prado (I). Reflexiones histórico y dogmático-jurídicas con ocasión del artículo 132 (y 133.1) de la Constitución española de 1978». En Presidencia del Gobierno (ed.). *Administración y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Mesa Moles*. Madrid: Presidencia del Gobierno, pp. 227-309.
- 1986. «El derecho español de aguas en la historia y ante el derecho comparado». En Gallego Anabitarte, Alfredo y Ángel Menéndez Rexach y José Manuel Díaz Lema. *El Derecho de aguas en España*. I. Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Centro de Publicaciones, pp. 13-420.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: 1984-1985. *Apuntes de Derecho administrativo*. 2.º-I. Madrid: Universidad Complutense. Facultad de Derecho.
- 1998. *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo* (3.ª ed.). Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y ESCALANTE, José Antonio: 1982. *Legislación administrativa* (4ª ed.). Madrid: Civitas.
- GARCÍA GALLO, Alfonso: 1959. «Bienes propios y derecho de propiedad en la alta edad media española», *AHDE*, 29: pp. 351-387.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: 1852. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (4 vols.). Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo). Reimpresión facsímil (2 vols.). 1974. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, y AGUIRRE, Joaquín: 1852. *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos...* (4.ª. ed., 4 vols.). Madrid: Imprenta y librería de Gaspar y Roig.
- GARCÍA ORTEGA, Pedro: 1982. *Historia de la legislación española de caminos y carreteras*. Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.
- GARRIDO FALLA, Fernando: 1962. «Sobre el régimen del dominio público». En *Problemática de la Ciencia del derecho. Estudios en Homenaje al Profesor José María Pi y Suñer*. Barcelona: Bosch, pp. 303-340.
- 2002. *Tratado de Derecho administrativo*. II. *Parte general: Conclusión* (11.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- GÉRANDO, Barón de: 1829-1830. *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif* (1.ª ed., 4 vols.). París: Chez Nê, Librairie de la Cour de Cassation. 1842-1846 (2.ª ed., 5 vols.). París: Chez Nêve.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: 1843. *Instituciones de Derecho administrativo* (2 vols.). Madrid: Imprenta de D. Vicente de Lalama.
- GÓMEZ MENDOZA, Josefina. 1992. *Ciencia y política de los montes españoles (1848-1936)*. Madrid: Icona.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. 1998. *La titularidad de los bienes de dominio público*. Madrid: Marcial Pons.
- (Coord.). 2005. *Derecho de los bienes públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUAITA MARTORELL, Aurelio. 1956. «Le domaine public en Espagne», *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 22: pp. 121-140.
- 1986. *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas* (2.ª ed.). Madrid: Civitas.
- HAURIUO, Maurice. 1897. *Précis de Droit Administratif et de droit public general* (3.ª ed.). París: L. Larose.
- IGLESIAS, Juan. 1982. *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado* (7.ª ed.). Barcelona: Ariel.
- INFANTE MIGUEL-MOTTA, Javier, y TORIJANO PÉREZ, Eugenia, 1999. «El aparato administrativo de la desamortización en la España del siglo XIX: una primera aproxima-

- ción». En Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano (coords). *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX*. Madrid: Colegio de Registradores, pp. 371-402.
- JOVELLANOS, Melchor Gaspar de. 1795. *Informe de la Sociedad Económica de esta Corte al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de Ley agraria*. Madrid: Imprenta de Sancha. 1995. Edición facsímil. Valladolid: Lex Nova.
- LALINDE ABADÍA, Jesús. 1974. «El dominio público como paralogsimo histórico en España». Symposium Historia de la Administración (3.ª 1972. Alcalá de Henares, España) (ed.). *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*. Madrid: IEA, pp. 447-482.
- LASSO GAITE, Juan Francisco. 1970. *Crónica de la Codificación española*. IV-II. *Codificación civil. (Génesis e historia del Código)*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- LEYTE, Guillaume. 1996. *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècles)*. Prefacio de Albert Rigaudière. Estrasburgo: Presses Universitaires de Strasbourg.
- LOCKRÉ, Barón. 1836. *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes français*. Bruselas: Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier. Reimpresión, 1990. Frankfurt am Main: Keip, cop.
- LÓPEZ RODÓ, Laureano. 1954. *El patrimonio nacional*. Madrid: CSIC.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. 1969. «Aspectos del Derecho administrativo en la Revolución de 1868 (Las regulaciones iniciales)», *RAP*, 58: pp. 9-47.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. 1963. *La Ley de Aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*. Madrid: Centro de Estudios Hidrográficos.
- MEDINA, León, y MARAÑÓN, Manuel. 1907. *Leyes administrativas de España conforme a los textos oficiales*. Madrid: Tip. de la Viuda e Hijos de Tello.
- MESTRE, Jean-Louis. 1985. *Introduction historique au droit administratif français*. París: Presses Universitaires de France.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. 2004. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. I. Madrid: Civitas.
- NIETO, Alejandro. 1964. *Bienes comunales*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- ORTIZ de ZÚÑIGA, Manuel. 1842-1843. *Elementos de Derecho administrativo* (3 vols.). Granada: Sanz.
- PARDESSUS, Jean Marie. 1806. *Traité des servitudes suivant les principes du Code civil* (1.ª ed.). París: Rondonneau. 1838 (8.ª ed., 2 vols.). París: Nève, bajo el título *Traité des servitudes ou services fonciers augmentée en ce qui concerne principalement les actions possessoires, les chemins, les cours d'eaux, les usages, le voisinage et la compétence des juges de paix d'après la loi du 25 mai 1838*.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. 1983. «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», *RAP*, 100-102 (III): pp. 2379-2422.
- PAREJO GAMIR, Roberto. 1975. *Protección registral y dominio público*. Prólogo de J. L. Villar Palasí. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- PAREJO GAMIR, Roberto, y RODRÍGUEZ OLIVER, José María. 1976. *Lecciones de dominio público*. Madrid: ICAI.
- PELLOUX, Robert. 1932. *Le problème du domaine public. Evolution et solutions actuelles*. París: Dalloz.
- POSADA HERRERA, José. 1843. *Lecciones de administración* (3 vols.). Madrid: Establecimiento Tipográfico, calle del Sordo...
- PROUDHON, Victor. 1833-1834. *Traité du domaine public ou de la distinction des biens* (1.ª ed., 2 vols.). Dijon: V. Lagier. 1843 (2.ª ed.). Dijon: Lagier.

- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA. 1866. *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*. III. Madrid: Imprenta y Esterotipia de M. Rivadeneyra.
- SAINZ MORENO, Fernando. 1998. «Artículo 132. Dominio público, bienes comunales, patrimonio del Estado y patrimonio nacional». En Alzaga Villamil, Óscar (coord.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. X. *Artículos 128 a 142*. Madrid: Edersa, pp. 181-263.
- SALCEDO IZU, Joaquín. 1974. «Bienes públicos por confiscación: el supuesto de los Moriscos de Granada». En Symposium Historia de la Administración (3.º 1972. Alcalá de Henares, España) (ed.). *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*. Madrid: IEA, pp. 629-654.
- SERNA VALLEJO, Margarita. 1993. «Estudio histórico sobre los bienes comunes», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 3: pp. 207-229.
- 2004. «Desamortización y venta de bienes comunales», *Iura Vasconiae. Revista de Derecho Histórico y Autónomo de Vasconia*, 1: 405-438.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. 1971. *El marco político de la desamortización en España*. Barcelona: Ariel. También en Lorente, Marta, y Bravo, Pedro (eds.). 1997. *Obras completas*. I. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 547-634.
- 1974a. «Bienes exentos y bienes exceptuados de desamortización. (Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo entre 1873 y 1880)». En Symposium Historia de la Administración (3.º 1972. Alcalá de Henares, España) (ed.). *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*. (Madrid: IEA, pp. 63-93. También en Lorente, Marta, y Bravo, Pedro (eds.). 1997. *Obras completas*. IV. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 3143-3168.
- 1974b. «Algunos ejemplos de jurisprudencia civil y administrativa en materia de desamortización». En Nadal, Jordi, y Tortella, Gabriel (eds.). *Agricultura, comercio colonial y crecimiento económico en la España contemporánea. Actas del I Coloquio de Historia Económica de España* (Barcelona, 11-12 de mayo de 1972). Barcelona: Ariel, pp. 67-89. También en Lorente, Marta, y Bravo, Pedro (eds.). 1997. *Obras completas*. IV. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 3169-3186.
- VEGTING, Wilhelmus Gerardus. 1950. *Domaine public et res extra commercium. Étude historique du droit romain, français et néerlandais*. Traducción del holandés por Liliane Gomperts y Claude Bernardin. Prólogo de Robert Pelloux. París: Alphen aan den Rijn: N. Samson.
- VILLAR PALASÍ, José Luis. 1964. *La intervención administrativa en la industria*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- VIVIER, Nadine. 1998. *Propriété collective et identité communale. Les biens communaux en France 1750-1914*. París: Publications de la Sorbonne.
- ZOZ, Maria Gabriella. 1999. *Riflessioni in tema di res publicae*. Turín: G. Giappichelli.

Promulgación o publicación: la voz del legislador en el primer constitucionalismo (1808-1823)

La promulgación es la voz viva del legislador que proclama un precepto soberano y exige su obediencia: es la publicación solemne de su voluntad que no puede ser cumplida, mientras no llegue a noticia de todos.

M. COLMEIRO

Derecho administrativo español,
Madrid, 1850, t. 1, p. 79

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La cita inicial es el ejemplo de un uso indistinto de los términos promulgación y publicación en la historiografía del siglo XIX, que suele calificarse con frecuencia como producto de una confusión por autores que se ocupan de investigar el alcance de dichos conceptos en el derecho histórico¹. El punto de partida de esta breve aportación es reivindicar esa indistinción y considerar alguna de sus razones, ya que si bien el nuevo concepto de ley de los primeros textos constitucionales originó algunos cambios en la forma de publicación de las leyes utilizada durante el absolutismo, ello no llevará todavía a la diferenciación de los significados.

Pretendemos por tanto confirmar la exactitud de la cita, señalar que ambos términos deben efectivamente equipararse y, aunque el marco cronológico que

¹ Como obra más reciente, ver M. LORENTE SARIÑENA: *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*. Madrid, 2001, p. 155.

elegimos es muy breve, adelantar que resulta imprescindible conectar la opinión de los juristas del XIX que escribieron sobre dichos conceptos, con las grandes variaciones de un procedimiento legislativo que será continuamente modificado por un constitucionalismo con distinto entendimiento, tanto de los derechos de los ciudadanos como de los correspondientes poderes.

Creemos, como ha señalado Lorente «*que es una proyección inútil la búsqueda de distinciones entre promulgación y publicación en la obra de autores que quizás nunca sintieron la necesidad de separarlas*»², pero añadiendo que esa indistinción formaba parte del sistema, y no es por tanto posible referirla a opinión particular, subjetiva. No es que determinados autores opten por un término frente a otro, sino que su utilización indistinta y en determinadas fechas, tiene que ver con la continuidad de unos conceptos muy arraigados en el derecho histórico y que no se modificarán hasta que no se modifiquen también otros relacionados con los derechos del ciudadano y con la titularidad de los poderes.

Hay que acercarse por tanto a una realidad compleja, que tiene además como referencia imprescindible la cronología de cada una de las constituciones, y son muchos los datos a considerar antes de poder concretar conclusiones. Porque la promulgación es efectivamente la voz viva del legislador que debe ser difundida por el poder ejecutivo y ambos modifican continuamente sus conceptos. Y por eso también no es posible perder de vista, a la hora de citar los términos utilizados por dichos autores, la cronología concreta de una opinión que puede tener como referencia un marco constitucional diverso. Porque, tanto cuando el poder legislativo resida en la voluntad del rey –aunque sujeto a constitución como ocurre en 1808– como cuando dicha voluntad sea sustituida por la general en los años de establecimiento y vigencia de la constitución de 1812, el legislador deberá hacer pública esa voluntad, y todavía por las mismas razones que lo hicieron necesario en la etapa anterior.

Esa voz viva del legislador no es la misma, no tiene el mismo concepto, lo que origina que las palabras utilizadas en dicha promulgación se modifiquen continuamente, pero lo siguen siendo las razones que determinan la publicación y que también se explicitan en las distintas fórmulas que se regulan en cada período. Cambiará el legislador, pero seguirá emitiendo una voluntad que debe hacerse pública para que lo ordenado se cumpla, comunicarse para que se ejecute. Son textos por tanto cuya finalidad es conseguir la eficacia de lo mandado y en los que no hay referencia al derecho de los ciudadanos a conocer, ni previsión por tanto de publicaciones generales. Y «*esa voluntad que no puede ser cumplida mientras no llegue a noticia de todos*» de la cita de Colmeiro se seguirá concretando en una práctica en la que, al igual que en el Antiguo Régimen³, la difusión general solo se llevará a cabo en casos determinados: cuando el contenido de lo mandado lo necesite para su cumplimiento.

² *Ob. cit.*, p. 157.

³ Para constatar la vigencia en los comienzos del siglo XIX de los conceptos definidos por el derecho común, T. FERNÁNDEZ DE MESA: *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España*, Madrid, 1802.

Y dado que en la cronología que da título a estas páginas los conceptos resultan todavía equiparables a los utilizados por el absolutismo, remitimos como referencia a conclusiones ya expuestas⁴. Sólo instrumentalmente y como definición clarificadora que, aunque realizada por un jurista del siglo XVI, mantendrá su vigencia hasta que las cortes de 1810 asuman el poder legislativo, y con ello sustituyan la voluntad del rey por la voluntad general, citamos palabras de Francisco Suárez: «*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*». Es por tanto una voluntad que debe explicitarse, y para ello concretarse en una apariencia externa que la haga conocida. 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*»⁵.

Y al manifestarse, lo hace adoptando formas documentales distintas, según el órgano encargado primero de formular dicha voluntad y después de hacerla llegar a quienes con su conducta tienen que conseguir su cumplimiento, hacerla eficaz. Y esa es la única razón que lleva a que, una vez que hay constancia de lo ordenado, se ponga en conocimiento de aquellas autoridades implicadas en su ejecución y sólo ocasionalmente, cuando lo mandado exija para su realización el conocimiento de los súbditos, se utilizan formas que lo faciliten, que impliquen una difusión general. No se establecerá además ninguna jerarquía entre los diferentes nombres que las disposiciones reales reciben, ya que al proceder todas de una misma voluntad se equiparan en valor⁶, con independencia de las instituciones encargadas de divulgar su contenido. Su variado aspecto formal está relacionado con su promulgación, con su presentación pública, no implica diversidad de conceptos ni jerarquía normativa.

Y aunque en el siglo XIX la voluntad que decreta es otra, y con conceptos muy cambiantes según los textos constitucionales, seguirá entendiéndose, al menos durante los años objeto de estas líneas y creemos que hasta bastante después, que esa voluntad no puede ser cumplida si no llega a noticia de un «*todos*» que tiene que ver más con los afectados por su contenido que con la totalidad de los ciudadanos, por lo que las publicaciones generales se reducen a los casos en que sean necesarias para la eficacia de lo ordenado.

El siglo se inicia en 1808 con la voz de un legislador que, aunque siga residiendo en el rey, es nueva porque se sujeta a constitución. Después —en los años 1810-1814— esa voz será la de las cortes y en el trienio liberal se referirá a un binomio cortes-rey de particular significado. Y, para concretar algo más sobre su alcance, repasaremos brevemente artículos y fórmulas de promulgación de la cronología que nos limita, puesto que si ese legislador que proclama

⁴ R. RICO LINAGE: «Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: La Gaceta de Madrid y el Mercurio histórico-político», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LVII, 1987, pp. 265-338.

⁵ «*De legibus*», tomo I, Corpus hispanorum de pace. C.S.I.C. 1972, 3-16-1 y 1-11-3.

⁶ R. DE DOU Y DE BASSOLS *Instituciones del derecho público general de España*, Madrid, 1800, p. 30.

tiene una voz viva y un preciso concepto político, encontrará desde nuestro primer texto la forma exacta que haga constar su particular protagonismo y con una terminología que será después modificada, en consonancia con los sucesivos conceptos del poder legislativo.

En los textos constitucionales del siglo XIX hay sistemas políticos muy diversos que condicionan la promulgación–publicación, y estos conceptos necesitan de un análisis particularizado que permita llegar a conclusiones, que no pueden además ser unitarias precisamente por esa diversidad, y a las que hay que añadir, como referente que también determina, los distintos conceptos y derechos de un ciudadano, cuyo protagonismo también influye en la forma de publicación de las normas. Y es por una realidad muy particularizada por lo que no deben utilizarse las opiniones de los juristas de este período sobre los términos promulgación–publicación como si hubieran sido pronunciadas en relación a un mismo concepto de ley, a idéntico marco constitucional, y además la indistinción de los términos tiene razones de historia y de derecho muy precisas⁷, en consonancia con esa misma cronología constitucional y sus diferenciadas fórmulas de promulgación.

2. 1808: LA VOZ DEL REY

En los años que fechan estas páginas, el punto de partida es la Constitución de 1808, su promulgación primero y su concepto de ley después. Entendemos que forma parte de nuestra historia constitucional, aunque no sea un criterio unánime. Es un modelo desde luego particular, pero son particularidades acordes con su concepto político, ya que el poder constituyente que hace nacer el texto es un rey que lo es de manera previa, y por la gracia de Dios, lo que diferencia el aspecto formal del texto publicado por la *Gaceta de Madrid* de aquellas constituciones en las que es la soberanía nacional quien establece⁸. La voz de quien decreta, y la evidencia de que la Junta Nacional –en minúscula además tras las muchas mayúsculas que nombran al rey– sólo escucha, forma parte del propio texto, es letra de constitución.

Ese poder constituyente se define en las líneas iniciales y, para que se guarde lo establecido, al finalizar el articulado y antes de la fecha y firma que lo cierran, ordena que sea mandada a consejos y tribunales para que estos a su vez la circulen «*en la forma acostumbrada*». Son razones similares a las del Antiguo Régimen: la orden de que la voluntad que el texto contiene se difunda la da la misma autoridad que lo establece y se dirige a quienes deben poner los medios para conseguir su eficacia. Es una constitución que se manda publicar en la forma acostumbrada, con circulaciones sucesivas, y que carece del decre-

⁷ Como ejemplo de dicho uso M. LORENTE SARIÑENA: *La voz del Estado...* pp. 155-156, habla de una confusión que extiende a casi todos los juristas decimonónicos y de la que exceptúa a A. COMAS con referencia a su obra «*La revisión del Código Civil español*» que es ya de 1895.

⁸ R. RICO LINAGE: *Constituciones históricas, ediciones oficiales*, 3.^a ed., Sevilla, 2003.

to de promulgación que acompañará a las siguientes, y a través del cual un diferenciado poder ejecutivo ordena el cumplimiento.

La impresión del texto añade en este caso las firmas de quienes acuden a la Junta convocada en Bayona, y que no son representación de quien constituye, sino una aceptación individualizada y a posteriori, y lo hace en cumplimiento de una orden expresa del rey que busca, al difundir los nombres de quienes la aceptan, influir favorablemente en la opinión pública. Una única fecha por tanto a considerar, la del 6 de julio, que se corresponde con el momento en el que el rey la firma y con ello la establece y además, y sólo en este caso, el texto de la constitución incluye la orden de promulgación⁹. No diferencia decreto, no encarga al ejecutivo, sino que continúa con las formas tradicionales del absolutismo. Es el Consejo Real quien debe difundir y es la voluntad del rey la que se hace pública en el texto.

En ese año de 1808, las circunstancias de los órganos de la monarquía tradicionalmente encargados de esa función son difíciles, y no entramos en el análisis del real decreto y la real orden que preceden al texto. Sólo nos interesa destacar que ese *«publicado todo en el consejo pleno... ha acordado este supremo tribunal que se impriman, publiquen y circulen la real orden y constitución insertas»* supone la continuidad de un concepto publicitario, el mantenimiento de la historia. Veamos ahora lo que sucede con las leyes, con la promulgación de las establecidas según constitución.

El título IX es el que regula las cortes, y es el último de sus artículos, el 86, el que se refiere a la promulgación, aunque sólo en relación con un tipo concreto –y desde luego escaso– de normas, aquellas que contienen los asuntos que necesitan de la deliberación de las cortes. Su breve texto es desde luego la consecuencia lógica de su particular entendimiento del legislativo. El rey es el titular del mismo y las cortes son un órgano meramente consultivo, y además con una intervención que sólo es necesaria en un número muy reducido de materias. Precisamente por ello la ley se denomina genéricamente decreto del rey, es su voluntad quien decreta.

El artículo 86 se limita a establecer que en determinadas leyes la fórmula de promulgación debe incluir un *«oídas las cortes»* que explicita una colaboración y una opinión no vinculante. Es una facultad de decretar que sigue residiendo en el rey y las cortes tienen una función consultiva que se concreta en los asuntos mencionados en el artículo 82, quedando los restantes a la discrecionalidad de la monarquía. Por eso la breve referencia a la promulgación se limita a subrayar ese papel secundario de las cortes en los temas sujetos a su deliberación, y nada se dice de la institución que promulga, ni de quienes deben ser los destinatarios. Ahora bien, como esas cortes no llegan a reunirse, no hay textos que concreten lo establecido y la forma de la ley resultará ser un real decreto en el que deben destacarse algunas particularidades.

⁹ Tras el artículo CXLVI, y antes de la fecha y firma incluye: *«Comuníquese copia de la presente constitución, autorizada por nuestro ministro secretario de Estado, al consejo Real y a los demás consejos y tribunales, a fin de que se publique y circule en la forma acostumbrada»*.

No hay separación de poderes ni ejecutivo encargado de promulgar por constitución, nada dice un texto que ni siquiera contiene título relativo a la monarquía. Desde el mismo 7 de julio, fecha en que el rey la jura, el texto de las normas promulgadas incluye el que lo es «*por la gracia de Dios y la constitución del estado*» –porque eso es precisamente lo que hace esta constitución, constituir un estado– y continúa con un «*hemos decretado y decretamos*» previo a la parte dispositiva y que explicita la capacidad normativa. A partir de dichos términos, el contenido de lo mandado se separa en artículos numerados, y al final, en el último de esos mismos artículos, se encargará la ejecución de lo ordenado a una autoridad concreta. Es una autoridad cuya competencia está directamente en consonancia con lo mandado, y por ello los destinatarios pueden ser una vez determinados ministros y otras «*todos nuestros ministros, cada uno en la parte que le toca*»¹⁰.

En definitiva, el propio texto del real decreto nombra tanto a quien legisla como a la autoridad encargada de la ejecución. La voluntad del rey se notifica para lograr que sea ejecutada y sin ninguna alusión a la publicidad de su contenido. En una constitución sin separación de poderes y en la que el rey decreta cuando formula su voluntad –«*hemos decretado*»– y la promulga en el mismo momento en que la hace explícita –«*y decretamos*»–, cada texto incluye a los particulares encargados de la ejecución y carece de toda referencia a los españoles. Sólo se ordenarán publicaciones generales cuando el carácter de lo mandado lo haga necesario, lo que supone la continuidad del sistema de publicación anterior, en el que hay una íntima relación entre el aspecto formal de la ley y su promulgación-publicación.

Hay continuidad en los conceptos, pero también algunas novedades. Un Real Decreto de 10 de febrero de 1809¹¹ establecerá una jerarquía normativa acorde con la distinción de poderes del texto constitucional e inexistente durante el absolutismo: habrá normas propias del legislativo y otras, de rango inferior, que serán establecidas por los ministros. Si, como su propio nombre indica, las reales órdenes eran dadas en nombre del rey, lo que también guardaba relación con que en su voluntad residía la facultad de ordenar, ahora «*la práctica usada por los antiguos secretarios del despacho de expedir órdenes en nombre nuestro queda abolida*» y por tanto los ministros establecerán solo las órdenes e instrucciones necesarias «*para la ejecución de las leyes y de nuestros reales decretos*», distinción que sabemos que responde a unas previsiones no llegarán a concretarse.

Así pues, y como breve resumen, en este período la ley se promulga cuando la voluntad que la establece se hace pública a los ministros encargados de

¹⁰ Y por eso todos lo son en el artículo VI del real decreto de 26 de enero de 1809 (*Gaceta de Madrid* de 27 de enero), ya que su contenido afecta a los nombrados para cualquier empleo en todas las ramas de la administración, y sin embargo la ejecución del real decreto de 24 de enero de 1809 (*Gaceta de Madrid* de 25 de enero), se encarga a los ministros de Interior, Hacienda y Policía, ya que los artículos 4, 5 y 6, les encomendaban competencias concretas para lograr el cumplimiento de los fines previstos.

¹¹ *Gaceta de Madrid* de 11 de febrero.

cumplirla, y estos se concretan en el mismo articulado, al que pueden añadirse previsiones de publicaciones de alcance más general, si con ello se facilita la ejecución de lo ordenado.

3. 1810-1812: LAS CORTES CONSTITUYENTES

Las normas que se establecen entre los años 1808 y 1810 y en los territorios gobernados por órganos muy distintos –Juntas Provinciales, Junta Central y Consejo de Regencia– tienen también sus particularidades, y su consideración añade datos jurídicos que resultan imprescindibles en el debate histórico existente sobre la actuación política de dichas instituciones, ya que con ellos pueden demostrarse opciones revolucionarias en fechas muy anteriores a las que normalmente se reconocen.

Los textos normativos se promulgan con una variedad de formas y fórmulas que guardan relación con la voz de sus concretos legisladores, con esos distintos órganos políticos. Bastantes afirman que la Junta Central actúa en nombre del rey, pero en otros se dice expresamente que lo ordenado obliga porque «*se ha servido S.M. acordar*», el mismo S.M. que después se atribuirán las Cortes constituyentes cuando se reserven el poder legislativo, pero que ahora se refiere ya a una Junta Central cuya voluntad acuerda y con ello establece. En bastantes de sus textos dispositivos hay claras alusiones a «*el momento de nuestra revolución actual*», a un protagonismo del pueblo que «*votó por aclamación su independencia*» y con ello resucitó a la vida política, legitimando como consecuencia a una Junta Central que actúa en su nombre y que frecuentemente argumenta defender derechos de los ciudadanos y además crea normas en un complicado equilibrio entre absolutismo y revolución ¹².

Hay ya otro concepto de ley, aunque todavía con inseguridades y contradicciones que necesitan de un examen detallado. Y por las mismas razones que ya hemos señalado en el apartado anterior, en estos años es el propio texto el que elige las autoridades a quienes se comunica lo ordenado, y estas vendrán seleccionadas por su relación con la materia objeto de regulación. También ahora, y tanto si el cumplimiento de lo ordenado así lo exige como si se persigue la consecución de una opinión pública favorable a la actuación política del gobierno, la norma debe publicarse de manera que llegue «*a noticia de toda la Nación*», lo que tiene desde luego sus particulares connotaciones políticas ¹³. Lo que era un «*todos*» que se refería en el siglo anterior –y también en este si lo referimos a los territorios sometidos a José I– a unos súbditos que eran meros destinatarios de lo ordenado, se sustituye por un singular y un término de significado muy preciso –«*Nación*»– y que concreta precisamente lo contrario, que alude a un cuerpo en cuyo voto, en cuya opinión reside ahora un mayor protagonismo político.

¹² Real decreto de 17 de mayo de 1809, *Gaceta del Gobierno* de 26 de mayo.

¹³ Real decreto de 22 de mayo de 1809, *Gaceta del Gobierno* de 5 de junio.

Cuando el proceso de convocatoria de las Cortes esté ya en marcha, se introducirán algunas novedades, que guardan relación con las experimentadas por la voz de un legislador que no responde ya a las razones del absolutismo aunque no responda todavía de manera clara a la voluntad general. Es por ello que el Consejo de Regencia, que sustituye en 1810 a la Junta Central, se regulará por un Reglamento de 29 de enero, en el que se establece que dicho Consejo no podrá hacer leyes permanentes, sino temporales y sometidas a la confirmación de las primeras cortes, y como consecuencia a ello se añade que ningún decreto debe publicarse sin remitirse «al Consejo reunido para que lo circule por una real cédula, según la antigua costumbre del reino, y en la cual se contenga la siguiente cláusula: y esta real cédula se guarde y cumpla hasta la reunión de las cortes que se hayan convocadas». Maneras publicitarias deudoras del Antiguo Régimen, pero fórmula en la que constan las limitaciones de un legislador que ha dejado de ser absoluto.

Porque si en el siglo anterior la voluntad del rey se hacía pública en el Consejo y éste mandaba publicar, ahora se reconoce expresamente el mantenimiento de una forma de promulgación-publicación que debe introducir precisiones que identifiquen al nuevo legislador, porque ahora su voz es la de una Regencia que, si bien actúa en nombre del rey, no detenta ya sus poderes. Lo establecido en su nombre es ahora provisional y debe ser revalidado por unas cortes de representación nacional. Es una Regencia en la que los tradicionales poderes de la monarquía resultan ya determinados y limitados por la nación, y un dato más para concluir que sus conceptos políticos guardan ahora relación con los del liberalismo puede observarse en que cada componente tiene que realizar un juramento, cuya fórmula le obliga a reconocer que ha sido nombrado «por la representación nacional legítimamente congregada en esta Isla de León», lo que se refiere a una Junta Central que así se consideraba, y que en consecuencia adelanta a momentos anteriores al establecimiento de las Cortes los cambios políticos relacionados con el protagonismo de la soberanía nacional. Es además un Consejo de Regencia que si bien «despachará a nombre de nuestro amado rey Fernando», en sus actuaciones debe ya comprometerse con la protección de la libertad de imprenta y con la civil y política de los ciudadanos, con el ejercicio de unos derechos que son también los del liberalismo ¹⁴.

Se reúnen finalmente las Cortes, y ya en su primera sesión se concreta un nuevo concepto de ley sólo entrevisto en los dubitativos textos anteriores. Ahora es claramente establecida por una voluntad distinta, general, la de la nación representada en cortes, y que necesitará igualmente hacerse pública, ser promulgada. El decreto de 24 de septiembre de 1810 declara la soberanía de la nación, reserva el ejercicio del legislativo a las propias Cortes, y deja también constancia de una separación de poderes que atribuye el ejecutivo a un Consejo de Regencia que lo sigue ejerciendo interinamente, aunque ahora por delegación de las Cortes. Así pues, un nuevo legislador formula a partir del 24 de septiembre la voluntad que constituye la norma, y la necesaria regulación de la

¹⁴ M. FERNÁNDEZ MARTÍN: *Derecho parlamentario español*, 1885, tomo II, pp. 611-615.

forma de llevar a cabo la promulgación se aplaza porque de ello se encargará un ejecutivo que, para usar de sus poderes, debe antes reconocer la soberanía nacional y jurar obediencia a sus leyes.

Por esa razón, el mencionado decreto retrasa su propia promulgación «hasta que las cortes manifiesten cómo convendrá hacerse», y afirma que de ellas emanan tanto leyes como decretos, aludiéndose con ello a dos formas diferenciadas que tardarán todavía algunos años en coexistir. Ahora la voluntad que legisla manifiesta el contenido de lo dispuesto al Consejo de Regencia y, como es éste quien tiene que ponerlo en ejecución para que esa voluntad se cumpla, debe mandarlo «publicar y circular», conceptos diferenciados que después se mantendrán también en la constitución.

Enseguida el decreto de las Cortes de 25 de septiembre ordena que lo establecido debe ser promulgado, incluyéndose términos que serán después revalidados por el capítulo IX de la constitución, aunque con las variaciones impresionables. Se emplea ahora el concepto publicación para concretar una fórmula que quiere dejar constancia, tanto del carácter de un ejecutivo que promulga «autorizado interinamente», en ausencia de un rey que lo es todavía sólo «por la gracia de Dios», como de la particular voz del legislador: unas cortes que «resuelven y decretan». Dos verbos que nombran primero el acuerdo de las voluntades que participan y después el acto creador de la norma: un verbo *decretar* idéntico en su significado al del Antiguo Régimen, pero cuya facultad reside ahora en una voluntad general y por primera vez en nuestra historia jurídica un poder decreta y otro promulga.

Pero, a la hora de poner en práctica lo establecido en este tema, se dará una extraordinaria paradoja. Porque el suplemento a la *Gaceta de la Regencia* de 6 de octubre de 1810 publicará los primeros decretos con una apariencia formal que necesita precisiones, lectura observadora. En el primero, inaugural para tantas cuestiones, el texto normativo se entrecomilla, siguiendo una práctica que es también histórica, y aparece fechado en la real Isla de León dicho 24 de septiembre, día en el que las cortes lo establecen. Y lo decretado se antecede con la fórmula concretada el de 25 de septiembre. Hasta aquí pura ortodoxia.

Sigue después una novedad, puesto que la fórmula establecida para la promulgación nada decía de las palabras que ahora se añaden como parte final, las que enumeran los tribunales y autoridades a quienes se dirige encarga el cumplimiento de lo ordenado, y que en estos momentos de nuestra investigación no sabemos de dónde se tomaron. Hay por tanto una fórmula de promulgación que sólo en sus primeras líneas ha sido establecida por el legislativo, y también la paradoja de que al introducir este nuevo sistema una duplicidad de fechas en el aspecto formal del texto —la correspondiente al decretar de las cortes y la del ejecutivo que promulga— el decreto de 24 de septiembre será publicado también con esa misma fecha en el decreto del ejecutivo, cuando su fórmula no se establecerá hasta el día siguiente. Hay improvisación, prisas, inexperiencia ¹⁵.

¹⁵ Suplemento a la *Gaceta de la Regencia* de 6 de octubre de 1810. El nuevo nombre del periódico responde a los cambios experimentados por el gobierno, manteniendo su finalidad.

Así pues, la voluntad del legislador se manifiesta en el texto del propio decreto, y después esa voluntad debe comunicarse a las autoridades correspondientes, para que se ejecute lo ordenado. Y como ésa es la finalidad, los destinatarios son tribunales y autoridades civiles y militares, sin alusión al ciudadano. Se busca la eficacia de una voluntad que ahora es general, y que mantiene el tratamiento del anterior legislador –V. M.– y con el mismo procedimiento de comunicarse a las autoridades correspondientes. Es una publicación determinada por el cumplimiento, sin novedades en ese sentido que la diferencie de la etapa anterior, aunque la separación de poderes diversifique también los textos: el decreto de las Cortes y el real decreto de la Regencia que promulga.

Las Cortes continúan sus sesiones, y pronto habrá un reglamento ¹⁶ en el que hay también previsiones relacionadas con la promulgación. Su capítulo VIII se titula «de los decretos», aunque luego sus artículos 1 y 2 amplíen el concepto, afirmando que de las Cortes pueden emanar decretos y leyes ¹⁷, tal como había ya diferenciado el decreto de las Cortes de 25 de septiembre. Y para ambas formas se reitera la fórmula de publicación ya establecida, y también sin incluir su parte final, esa relación de destinatarios que estaba ya utilizándose. A la vista de la letra de esos artículos, que pertenecen a un capítulo cuya finalidad está específicamente relacionada con el poder legislativo, la razón de esa ausencia quizá pueda explicarse en que las Cortes se limitaron a definir la parte de la fórmula que contiene su voz, dejando la parte final –que incluye destinatarios, pero también fecha y firma del poder ejecutivo– y que sea ese mismo ejecutivo quien determine la relación de autoridades que deben intervenir en el cumplimiento de lo ordenado.

Seguirá un Reglamento Provisional del poder ejecutivo el 16 de enero de 1811 ¹⁸, en este caso normas para el funcionamiento de un Consejo de Regencia que también es provisional, y que en sus disposiciones añade algún dato más. En primer lugar, el artículo 3 del capítulo I, en el que se define dicho poder, dirá que «su duración será hasta la vuelta del Rey o hasta que se forme y sancione la constitución del reino». Y como la historia descartó la parte primera de la frase, fijémonos en la siguiente, aunque aplacemos todavía durante unas líneas su valoración, ya que pertenece al siguiente apartado. Será importante ver cómo esto se concreta, porque ayuda a comprender el nuevo concepto de ley hasta 1814, al aplazarse hasta el regreso de Fernando VII la vigencia del artículo 15 y de los capítulos VIII y IX del título III, que son los que regulan el procedimiento legislativo.

¹⁶ Reglamento para el gobierno interior de las Cortes de 24 de noviembre de 1810, *Reglamentos*, Secretaría de las Cortes, Madrid, 1977, pp. 7-21.

¹⁷ Sobre las dificultades para deslindar los nuevos tipos normativos, ved C. GARRIGA: «Constitución, ley, reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», en *AHDE LXV*, 1995, pp. 449-533. Y, aunque no compartimos ni el método ni las conclusiones, A. GALLEGU ANABITARTE: *Ley y reglamento en el derecho público occidental*, Madrid, 1971, es útil para constatar las complejidades del poder legislativo en esta etapa.

¹⁸ *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, Cortes Generales, 1987, tomo I, pp. 76-84.

Volviendo al reglamento, el capítulo II regula las relaciones con las Cortes, a las que siempre se llama Congreso Nacional para que no se olvide dicha soberanía, y su artículo 1 establece que «el Consejo de Regencia hará que se lleven a efecto las leyes y decretos de las Cortes, para lo cual los publicará y circulará en la forma prevenida en el decreto de 25 de setiembre». Es un texto que no deja lugar a dudas sobre una promulgación o publicación relacionada con la ejecución, cuya utilidad es conseguir que la voluntad que en ellas se expresa se cumpla, y en la que no hay cabida para una publicación necesaria, ninguna consideración al derecho del ciudadano a conocer las normas que le obligan. Es la ejecución lo que exige que lo ordenado se ponga en conocimiento de quienes deben llevarlo a efecto.

Este Consejo de Regencia interino es pronto sustituido por una Regencia del Reino, creada por un decreto de las Cortes de 22 de enero de 1812 en el que se afirma que dicho establecimiento se realiza «con arreglo a la constitución que tienen ya aprobada en su mayor parte». Éste es un dato importante y que se repite en relación con otras materias: conforme los artículos de la constitución van siendo aprobados, se considera que pueden ejecutarse, porque la voluntad general una vez expresada no necesita más requisitos. Y del acta de la sesión de 22 de enero se deduce que sucede lo mismo con lo ordenado por decreto de las Cortes. Porque, en lo que se refiere al decreto que crea la Regencia, el acta no recoge el acuerdo que lo establece ese mismo día, ya que fue acordado en sesión secreta, pero su texto, que contiene como es habitual la indicación de que debe enviarse al hasta entonces Consejo de Regencia para que lo circule, se reproduce después en la sesión ordinaria, ya que es leído a quienes resultan nombrados y han sido llamados como «recién elegidos para componer la Regencia del Reino» sin necesidad de que el texto se haga público.

El propio decreto ya ordenaba que la nueva Regencia debía prestar juramento ante las Cortes en el mismo día y tomar posesión, antes por tanto de ser enviado a quien hasta entonces publica, con lo que el texto surte efectos el mismo día de su establecimiento y sin promulgación. Es suficiente con que la voluntad general se exprese, ya que en este caso no intervienen otras autoridades en la ejecución y el juramento se formula ante las propias Cortes. Así pues, el decreto es leído a los elegidos, éstos pasan a prestar el juramento, y después el discurso del presidente de las Cortes afirmará que éstas «acaban de ejercer una de sus más augustas funciones, eligiendo una Regencia que gobierne el Reino conforme a la Constitución que va a sancionarse», y cuya misión es «sostener con la mayor entereza la Constitución que va a publicarse».

Efectivamente, la constitución no está sancionada –y por sanción se entiende ahora la firma de sus diputados previa a la promulgación– ni promulgada, pero se entiende que sí establecida, y por eso los artículos a los que la frase se refiere han sido decretados, su ejecución puede ya iniciarse y por tanto las Cortes elegir una Regencia que además es constituida en el mismo día. Y cuando este decreto se imprima, y a pesar de que en su propio texto dice –como era habitual hasta entonces– «lo tendrá entendido el Consejo de Regencia y dis-

pondrá lo conveniente a su cumplimiento, haciéndolo imprimir, publicar y circular», lo publicado es sólo lo decretado, no incluye la tradicional fórmula de promulgación, ya que en ella se menciona a un órgano que ha dejado de existir¹⁹. Son datos indicativos de ese concepto de ley que queremos destacar. Una vez manifestada la voluntad que decreta, su promulgación no es imprescindible y por eso, en su contestación al discurso del presidente de las Cortes, el presidente interino de la Regencia se comprometerá con «esta Constitución que acaba de formar V.M.».

La *Gaceta de la Regencia* difunde también poco después, una serie de discursos de autoridades que van a cumplimentarla con motivo de su instalación, y entre ellos el del decano del Consejo de Indias, quien afirmará en audiencia de 24 de enero que «... ha querido el cielo templar su solicitud y premiar su fidelidad y constancia, depositando en manos de V.A. la regencia del reyno con arreglo a la constitución». Y asimismo el decano del Consejo de Hacienda dirá que «... todos aplauden la elección que las cortes generales y extraordinarias han hecho de las personas, a quienes han confiado el gobierno del mejor de las pueblos, para que le rijan según el espíritu de la constitución prudente y justa que acaban de sancionar»²⁰. Hay dificultades para distinguir conceptos, en este caso el término sancionar, y que son lógicas en miembros de organismos del sistema político anterior, pero la constante es el entender que la creación de la Regencia supone ejecutar la constitución. También otros artículos de la misma se utilizan para justificar normas anteriores a la promulgación del texto²¹. Son cortes con poder constituyente, con una voluntad que, como la del rey absoluto, existe como ley desde que es formulada.

Pocos días después, el decreto de las Cortes de 26 de enero establecerá el Reglamento de la Regencia y éste, en el capítulo II, relativo a sus facultades, adapta la anterior fórmula de promulgación, resultando ahora muy similar a la constitucional, aunque con las diferencias lógicas derivadas precisamente de la ausencia del rey que justifica la existencia de la propia Regencia y su concepto político. Estando ya aprobado el título relativo a la monarquía, se dice en el artículo II del capítulo II que Fernando VII es rey por la constitución, que la Regencia lo es por nombramiento de Cortes extraordinarias, y que son ellas quienes decretan: es de nuevo la voz del legislador, su voluntad que se hace pública por un acto del ejecutivo, la promulgación que publica.

Y ahora dicho artículo sí incluirá esa fórmula final que nombra destinatarios y que no se había incluido en el decreto de 25 de septiembre de 1810, aunque fuera después utilizada precisamente a partir de esa fecha. Será la misma del artículo 155 de la constitución, con la salvedad de que en lugar de mandarse ejecutar «la presente ley en todas sus partes», dirá «la presente ley o decreto», adelantando ya esa realidad de los años siguientes, en los que la

¹⁹ *Gaceta de la Regencia* de 23 de enero de 1812.

²⁰ El número es de 12 de febrero de 1812.

²¹ El Decreto de las Cortes de 24 de enero de 1812 dice: «... las Cortes generales y extraordinarias atendiendo a que ya tienen sancionado en la constitución política de la monarquía que ninguna pena ha de ser trascendente a la familia de quien la sufre...».

ausencia de rey llevará a que la forma única de la ley sea el decreto de las Cortes, pero introduciendo también la contradicción de mencionarse ahora una ley que no puede existir en el concepto constitucional si promulga una Regencia que no sanciona.

Y dato importante para subrayar el entendimiento de que ya existe una constitución, que no ha sido todavía promulgada, a partir de la fecha de este Reglamento de 26 de enero, y de acuerdo con lo establecido en él, las normas van a publicarse con la afirmación de que el rey lo es por una constitución que no se promulgará hasta varios meses después, y por tanto una Regencia que no ha jurado aún la constitución actúa ahora en nombre de un rey constitucional²². Y añadiendo cronológicamente un ejemplo más, en una circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 30 de enero de 1812, dirigida a los dominios de América, se considera claramente a la Regencia como el gobierno que debe ejecutar una constitución ya establecida: «Las Cortes generales y extraordinarias, después de dar a los españoles de ambos hemisferios la constitución, que ha de producir la felicidad de todos, han nombrado el gobierno que debe ocuparse, no sólo en ejecutarla, sino en proporcionar fondos para sostener el glorioso empeño de arrojar de la península al enemigo implacable que pretende dominarla...»²³.

4. 1812-1814: CONSTITUCIÓN, CORTES Y REGENCIA

En 1812 hay ya una fórmula para que la Regencia promulgue las normas, pero enseguida la habrá específica para la constitución y será aprobada por decreto de las Cortes de 18 de marzo de 1812. Esa Regencia nombrada por Cortes extraordinarias debe hacer saber «que las mismas Cortes han decretado y sancionado». Es de nuevo la voz del legislador, poder constituyente en este caso, quien ahora tiene entre sus competencias el ordenar que lo decretado se publique, si atendemos a lo que por sancionar entiende el artículo 143. Y hay además otros destinatarios que, por serlo ahora, evidencian su ausencia tanto en el artículo II del reglamento de la Regencia como en el artículo 155 de la constitución, lo que permite añadir algunas consideraciones más al concepto de promulgación o publicación existente en estos años.

Porque la constitución deben tenerla y obedecerla –lo que se corresponde con el «hayan y guarden» de la fórmula de promulgación– «todos los Españoles nuestros súbditos», a quienes habían ignorado como destinatarios las anteriores fórmulas y a los que se sigue considerando súbditos, pero también y por primera vez «españoles», y cuya mención se corresponde con ese concepto

²² Decreto de las Cortes de 6 de febrero, promulgado el 9, *Gazeta de la Regencia* de 7 de marzo. Decreto de las Cortes de 14 de febrero, promulgado el 16, *Gazeta de la Regencia* de 3 de marzo. Decreto de las Cortes de 20 de febrero, promulgado el mismo día, *Gazeta de la Regencia* de 27 de febrero.

²³ *Gaceta de la Regencia* de 13 de febrero de 1812.

tradicional de una publicación determinada por la eficacia de lo ordenado. La constitución debe ser conocida y obedecida por todos y, mientras que los decretos incluían un «mandamos» que sólo se dirigía a autoridades, el texto constitucional nombra primero a los españoles y sólo después se reitera de nuevo ese «mandamos» para encargar específicamente la obediencia y el cumplimiento a las autoridades relacionadas con la ejecución del texto.

Los españoles tienen constitución y en ella se declaran derechos, lo que les otorga un protagonismo, pero también deben guardarla y, por eso, además de definirse la fórmula de su promulgación y en una fecha anterior a la del establecimiento de dicha fórmula, se habían tomado medidas para su publicación solemne en Cádiz «como Corte o residencia del Gobierno», y por las mismas razones y con similar ceremonial de lectura pública que había justificado la publicación de las pragmáticas en el absolutismo²⁴. Por tanto, primero se ordena la publicación solemne el 14 de marzo, después el 18 –y cuando el texto ha sido ya sancionado– se define la fórmula con la que el poder ejecutivo debe proceder a su promulgación, y finalmente otro decreto, también de la misma fecha, ordena repetir las solemnidades de su publicación en todos los pueblos de la monarquía «a fin de que llegue del modo más conveniente a noticia de todos los pueblos del reino». De la lectura de los términos empleados se sigue deduciendo que es la necesidad de una obediencia a lo establecido lo que determina que la publicación sea general y una prueba más es que el decreto de promulgación se califica de «mandamiento de la Regencia del reino para su observancia», no se busca publicar para garantizar el conocimiento, sino para lograr el cumplimiento.

El 19 de marzo se hace pública, y ya vimos que algunos de sus contenidos adelantaron su ejecución y otros –como los artículos relacionados con la formación, sanción y promulgación de las leyes– resultarán aplazados por la ausencia del rey, lo que plantea a su vez otros problemas en el tema que nos ocupa. Porque la Regencia debe promulgar según lo establecido en su reglamento, pero dicha promulgación hace pública la voluntad de un legislador que ahora no se corresponde con el artículo 15 de la constitución, ni su procedimiento legislativo con el capítulo VIII del título III. Y cuando las Cortes deben actuar con la referencia de un texto constitucional que regula el ejercicio del poder legislativo, pero con una Regencia que no tiene atribuidos todos los poderes del rey, que no sanciona, y además hay facultades normativas que ostentan sólo las Cortes, se van separando procedimientos diversos, diversificándose la voz del legislador, lo que llevará a la complejidad de las nuevas fórmulas que se crean en el «Reglamento para el gobierno interior de las Cortes» de 4 de septiembre de 1813.

Su capítulo X, titulado «De los decretos», contiene una regulación particularizada que comienza con un artículo 108, cuya finalidad es establecer que en el original del texto de las leyes presentadas a la sanción del rey se incluya expresamente que: «las Cortes, después de haber observado todas las formali-

²⁴ Decreto de las Cortes de 14 de marzo de 1812.

dades prescritas por la Constitución, han decretado lo siguiente», artículo que no afecta a la promulgación en sí, regulada en este caso por el artículo 155 y que no va a tener aplicación en estas fechas. Pero es importante tener en cuenta que con sus palabras se pretende que en la norma quede constancia de que su procedimiento es el regulado en el capítulo VIII, y también consideramos especialmente significativo el que se recoja expresamente que son las Cortes quienes decretan, concepto unido históricamente a la creación de la norma, ya que quien decreta es precisamente quien establece.

Ahora bien, el Reglamento entenderá también que hay muchas normas que están al margen de la regulación constitucional del capítulo VIII, y por tanto también del IX, que trata específicamente de la promulgación de las leyes. Son aquellos decretos aprobados por las Cortes a propuesta del rey, o aquellos cuya temática ha sido atribuida por la constitución exclusivamente a la intervención de las Cortes. Por ello, en el artículo 109 del reglamento se establece en primer lugar la fórmula que debe encabezar la parte dispositiva cuando los decretos sean aprobados por las Cortes, pero a propuesta del rey. Y, además, y para este caso concreto, también la fórmula de promulgación se modifica. Creemos que no es modificación de constitución, ya que el artículo 125, que es el que permite al rey presentar propuestas, es regulación fuera del capítulo VIII, y dichas normas carecen de sanción, lo que descartaría el uso de la fórmula del artículo 155, problemática compleja que merece desde luego mayor extensión que la que aquí podemos dedicarle. Simplemente señalamos que ahora hay decretos con fórmula de promulgación propia, determinada por su tramitación y distinta a la constitucional, en la que se dirá: «Que habiendo Nos propuesto a las Cortes [texto] las cortes lo han aprobado y por tanto mandamos». Es la preocupación por la voz del legislador, por que al hacerse pública la norma se manifieste su legitimación, lo que en este caso vuelve a corresponderse con la aprobación de las Cortes, que son quienes determinan la obligatoriedad. Y además en el mismo artículo se añade que «el rey lo publicará con la fórmula siguiente», lo que insiste en la idea de que promulgar es publicar.

Otra particularidad del citado reglamento se refiere a aquellos decretos de las Cortes que respondan a peticiones de consentimiento realizadas por el rey, y que igualmente deben incluir dicha circunstancia, tanto en el propio texto «como también en la de su publicación cuando hubiere de hacerse», lo que supone el establecimiento de otra forma particular de promulgación, que en este caso no se concreta con exactitud, y que además permite constatar que no todos los decretos de las Cortes tienen que publicarse. Y se continúa añadiendo que también habrá textos que respondan a facultades otorgadas por la constitución sólo a las Cortes, y en este caso el artículo CXI se limita a establecer que la parte dispositiva debe mencionar que «las Cortes usando de la facultad que se les concede por la Constitución, han decretado», sin que se añadan modificaciones en la fórmula de promulgación. Ahora bien, el artículo incluye ejemplos concretos de unos asuntos –la dotación de la casa real, la dotación de alimentos a la reina madre–, que tampoco necesitan de la promulgación establecida en el artículo 155, ya que son decretos de las Cortes y no leyes.

Es una problemática que afectará también a otras materias, que serán muy numerosas en el trienio liberal, cuando la existencia de sanción obligue a duplicar las fórmulas de promulgación al utilizarse ya la constitucional, porque hasta entonces el artículo 108 sólo había hecho referencia a un procedimiento legislativo que obligaba a una promulgación acorde, pero las complicaciones que introduce la duplicidad de fórmulas de promulgación establecidas –la de la ley y la del decreto de las Cortes– se aplazarán hasta la etapa siguiente.

Finalmente, el artículo 112 del mencionado reglamento remite a la ya establecida por el Reglamento de la Regencia para los casos en que ésta no tenga atribuida la sanción, lo que efectivamente está sucediendo en esos momentos, y éste es el único artículo que se aplicará hasta 1814. Para valorar la práctica de los restantes habrá que esperar a 1820, aunque pueda ya destacarse que la intención de dicho reglamento es defender una pluralidad de fórmulas, acordes con la voz de un legislador que es también múltiple. Considerando ahora lo practicado hasta 1814, que será lo establecido primero en el Reglamento de la Regencia y que resultará revalidado después por el Reglamento de las Cortes, hay que señalar la continuidad formal de decretos que al hacerse públicos tienen dos fechas: la primera que se corresponde con la de un texto en el que, además de contenerse lo establecido, se ordena que la Regencia «lo tendrá entendido» y en el que por tanto la voz del legislador se hace pública al ejecutivo, y otra posterior que se corresponde con el momento en que esa Regencia, a su vez, y como poder encargado de su ejecución, la publica a quienes deben cumplirla²⁵.

Y en cuanto a su circulación posterior, pronto habrá instrucciones concretas relacionadas con la actuación de una de las autoridades nombradas en la fórmula de promulgación, ese «jefes» que es político o superior en la calificación de los artículos 309 y 324 de la constitución. El decreto de las Cortes de 23 de junio de 1813, que será «Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias», les encomienda la ejecución en ellas de las leyes y órdenes del gobierno, con la cuidadosa previsión de que «circulará por toda la provincia todas las leyes y decretos que se expidieren por el gobierno, haciendo se publiquen en la capital de la provincia». Aquí puede observarse ya mayor atención a la difusión de las normas un «todas» que también se extiende a todas las provincias, obligando a su publicación en la capital, aunque no se concrete la forma de llevarla a cabo, y atribuyéndole en exclusiva dicho cometido, lo que facilita una exigencia de responsabilidad que también se establece y que obliga para salvarla a exigir recibos a las autoridades inferiores que las reciban²⁶. No obstante, sobre ese «todas» pueden plantearse dudas: ¿son todas las normas que el gobierno promulgue o todas las que se le expidan? Pero en defi-

²⁵ En la *Gaceta de la Regencia* que imprime alguno de estos decretos se reproducen ambos, texto decretado y decreto de promulgación, aunque también hay excepciones en las que se omiten los destinatarios y la correspondiente fecha, y sólo incluyen por tanto la de su aprobación por las Cortes.

²⁶ Capítulo III, artículos I y XVII.

nitiva ahora hay en todas las provincias una única figura encargada y responsable de la circulación, lo que ofrece mayores garantías de eficacia.

5. 1820-1823: NUEVA VIGENCIA CONSTITUCIONAL

El restablecimiento del texto constitucional el 10 de marzo de 1820, y ahora por el rey, determina la vigencia por primera vez de los capítulos sobre procedimiento legislativo y promulgación. Y como la promulgación es un acto posterior a la sanción del rey y esta debe ahora llevarse a cabo, su tramitación origina un nuevo problema, el de la inclusión de dicha sanción en el texto de la norma promulgada, además de las dificultades para definirla, por lo que sólo haremos una referencia meramente instrumental, utilizando textos contemporáneos a la constitución.

Es muy significativa la frase con la que el Discurso Preliminar explica los términos sanción y promulgación, ya que contiene importantes datos que subrayan un entendimiento ajustado a lo que será también su práctica, y que minimiza el protagonismo de la sanción en el poder legislativo. Afirma que la «sanción tiene por objeto corregir y depurar cuanto sea posible el carácter impetuoso que necesariamente domina en un cuerpo numeroso» y añade que la fórmula de la promulgación «está concebida en los términos más claros y precisos: por ellos se demuestra que la potestad de hacer leyes corresponde esencialmente a las Cortes, y que el acto de la sanción debe considerarse sólo como un correctivo que exige la utilidad particular de circunstancias accidentales»²⁷. Según estas afirmaciones, son circunstancias concretas las que aconsejan la intervención del rey y al mencionar la fórmula de promulgación, se hace referencia a que el *decretar* atribuido a las Cortes es el que nombra la potestad legislativa.

Volviendo a la sanción, y partiendo de ese artículo 142 cuyo alcance reducen los propios constituyentes, el artículo 143 establece su fórmula en unos términos que siguen estando muy relacionados con la práctica del siglo XVIII: «Publíquese como ley». Porque las normas establecidas por la voluntad del rey se hacían públicas en el Consejo y éste a su vez las mandaba publicar. Ahora se ha sustituido la voluntad única por la general, y una vez que ésta decreta se envía al rey para que valore el riesgo que hay de llevar la ley a efecto²⁸, lo que aplaza una promulgación que es publicación para el cumplimiento. Así pues, y tal como dice su fórmula, la sanción añade que la ley puede ya hacerse pública, ponerse en ejecución, pero como después la práctica nos confirmará, se considera creada cuando la aprueben los diputados. No basta con que las Cortes

²⁷ R. GARÓFANO y J. R. DE PÁRAMO: *La Constitución Gaditana de 1812*, Cádiz, 1983, p. 75.

²⁸ A. de Argüelles, según recoge el acta de la sesión de 4 de octubre de 1811 en la que se aprueban los artículos relacionados con la sanción, dirá que es un correctivo y que negarla *es por el riesgo que hay de llevar la ley a efecto*.

decreten una ley para que se ponga en ejecución, pero son las Cortes quienes decretan y con ello establecen la ley.

Nos encontramos ante una tramitación que resulta particular de este texto constitucional, y que no se mantendrá en el siguiente, porque su planteamiento político va a ser muy distinto y exigirá sus propias formas. Por eso es necesario atender primero a las utilizadas en cada uno de los textos constitucionales, y que serán tan distintas como lo serán sus distintos conceptos de los poderes, antes de generalizar conclusiones sobre la promulgación de las normas y su posible distinción de la publicación. No es un concepto, son muchos conceptos y además la historia se impone muchas veces a la constitución, sigue presente el Antiguo Régimen.

Y por eso también las citas de los juristas que trataron de estas cuestiones en el siglo XIX no pueden entenderse referidas a una misma realidad, no pueden independizarse del cambiante marco jurídico. Es necesario tener presente que si bien durante muchos siglos la historia era derecho, y la estabilidad normativa permitía que la terminología jurídica fuera igualmente estable en sus significados, ahora éstos se multiplican y en el tema que nos ocupa su estrecha relación con un poder legislativo de distinta titularidad y de distinto protagonismo, desaconseja generalizaciones. Y también una referencia imprescindible, para poder llegar a conclusiones sobre los modelos de promulgación practicados en este siglo, es conectarlos con el distinto alcance en los textos constitucionales de los derechos de un ciudadano que, en el período al que nos referimos y durante bastantes años más, carecerá de garantías en lo que se refiere al conocimiento de las normas.

Y volviendo en 1820 a 1812, porque así lo determina la vigencia constitucional, los tres artículos del capítulo IX –y desde luego su propio y lógico orden– son consecuencia de su particular entendimiento del poder legislativo, de un entendimiento que si no se considera como referencia desvirtúa su significado. Porque al valorarlo ahora, cuando ya hemos puesto de relieve que su práctica sólo es posible en el procedimiento legislativo de un capítulo VIII que no fue utilizado en los años anteriores, independiza las promulgaciones realizadas entre 1812 y 1814 y reguladas por reglamento de la que aquí se establece. Por eso la constitución afecta sólo a un concepto de ley que ya puede concretarse y no a unos decretos de las Cortes a los que se reconoce valor de ley, pero no tienen tramitación de ley. Tras la sanción, el rey devuelve el texto a las Cortes, y son éstas las que ordenan su promulgación según establece el artículo 154. Y ese aviso se formaliza en una orden de las Cortes que se envía al Secretario de Gracia y Justicia, y en la que se manda al ejecutivo llevar a cabo la promulgación de una ley cuya fecha se corresponde con la de su aprobación por las Cortes.

El contenido de la Colección de Decretos y los índices de la *Gaceta de Madrid* ponen en evidencia el escaso número de leyes aprobadas durante el trienio, lo que subraya la importancia de las Cortes, ya que sus decretos se consideran de igual valor y son mucho más numerosos. Y otro dato muy significativo es que, si bien algunas de las órdenes que encargan la promulgación de las

normas ya sancionadas dirán expresamente que lo han sido y con indicación de la fecha, en otras muchas no se alude siquiera a dicho trámite, limitándose a decir que «en la sesión de este día se ha publicado en las Cortes la ley de (fecha de la aprobación por las Cortes) relativa a... y han acordado las mismas que se proceda a su promulgación solemne²⁹. En el tomo VI de la Colección de Decretos, correspondiente a 1820, el texto de la ley no incluye tampoco la fecha en la que se sanciona: es un trámite que no deja huella en la norma. Sin embargo, esto se rectificará en los tomos posteriores, aunque no siempre en las órdenes de promulgación.

Así pues, una vez que las Cortes reciben el texto ya sancionado, se envía al rey en su calidad de poder ejecutivo, acompañado de la orden correspondiente, para que este realice su promulgación con la fórmula del artículo 155, en la que están tanto un decretar, que ya relacionamos con la voz del legislador, como una sanción que se corresponde con ese «publíquese como ley», que abre la vía de una ejecución para la que es necesario promulgar. Y de lo que se establece en este artículo hay que llamar también la atención sobre una dualidad: el titular del ejecutivo promulga, pero lo promulgado se dirige a una única figura ejecutiva, el Secretario del Despacho correspondiente, y para encargarle de su cumplimiento. Es una primera publicación que lleva a continuación a las siguientes porque –según el art. 156– este Secretario que la recibe debe a su vez comunicarla a otras autoridades, que a su vez las circularán a las subalternas que de ellas dependan. Ahora un poder legisla y otro promulga, pero la comunicación de las normas mantiene los trámites de su historia anterior.

Y como es a partir de 1820 cuando tienen que aplicarse estos artículos, resultan útiles unas definiciones que creemos perfectamente acordes con lo que se entiende en este momento político, y que son las contenidas en que el *Diccionario provisional de la Constitución Política de la Monarquía Española* editado en Madrid en 1820³⁰. El significado de decretar es «determinar o resolver alguna cosa por autoridad», la sanción es «el acto con que el rey declara y firma se publique la ley formada por las Cortes», y finalmente promulgar es «hacer saber una cosa dándola al público».

Hay muchos datos útiles en estas definiciones. *Decreta* quien establece la norma, aquél en quien reside la facultad normativa, término que la fórmula atribuye a las Cortes y concepto que ya destacamos en el Discurso Preliminar, *sancionar* es declarar que la ley se publique, lo que se ajusta perfectamente al artículo 143, y *promulgar* un hacer saber acorde con ese «Sabed» del artículo 155, aunque el público a quien se dirija pueda ser muy restringido. Y el destinatario de ese texto decretado, formalizado de acuerdo con dicho artículo, es el Secretario de Estado correspondiente, quien debe circularlo a tribunales y autoridades, quienes a su vez lo envían a las subalternas, publicaciones sucesivas también similares a las de tiempos no constitucionales. Continúa la ausen-

²⁹ Orden de las Cortes de 3 de noviembre de 1820, Colección de Decretos, tomo VI, p. 230.

³⁰ *Catecismos políticos españoles*, Consejería de Cultura de la Comunidad de Madrid, 1989, pp. 213-229.

cia de medios de publicación general, y se ignora un ciudadano –español en este caso– que si bien debe obedecer no tiene derecho a conocer, y al que se considerará destinatario de formas de publicación más generales cuando su obediencia sea necesaria para que lo ordenado se cumpla. El nuevo concepto de ley no supone todavía la modificación de las prácticas publicitarias, aunque hayamos señalado en el epígrafe anterior mayores preocupaciones por la circulación.

Y un ejemplo también significativo de lo practicado en esta etapa puede observarse en un decreto de las Cortes de 4 de septiembre de 1820, aprobado por éstas a propuesta del rey y que no por resultará ley, que ordena una publicación solemne de las leyes que se llevará a cabo por el jefe político acompañado por el ayuntamiento de la capital, realizándose una lectura de su texto en un punto concreto de Madrid, la plaza de la Constitución, considerándola *promulgación solemne* –y desde luego distinta a la establecida en el art. 155³¹–, manteniéndose el uso indistinto de los términos promulgación y publicación propio de estos años y que en este caso se relaciona con una forma concreta de publicación: lectura pública en la capital. Indudablemente ello remite a las complejidades de su obligatoriedad, porque si según el decreto de 23 de junio de 1813 el jefe político debía publicar en la capital de su provincia sin más precisiones, ello significa en la práctica que habrá diferentes fechas de conocimiento de lo ordenado según las provincias, con los consiguientes problemas de eficacia y exigibilidad.

Y por lo anteriormente mencionado, conviene ahora glosar brevemente algunos artículos del proyecto de Código Civil de 1821, relativos a estas cuestiones, y precisamente porque lo que establece es lo ya practicado, aunque con algunas previsiones que lo mejoren. Su articulado reitera la distinción entre la promulgación de las leyes y la de los decretos de las Cortes, recogiendo en este último caso las fórmulas que habían sido establecidas en los reglamentos³², pero ambas formas tienen ahora una promulgación solemne en fecha que deben fijar las propias Cortes, y que ya no se reduce a la capital de la monarquía sino que se extiende a las de provincia y a las de partido, debiendo realizarse además simultáneamente en todas ellas³³. Esta promulgación-publicación solemne quiere afectar a la totalidad del territorio, es fijada por las Cortes, añade previsiones específicas para los pueblos y mantiene el uso indistinto de los términos promulgación y publicación. En consonancia con unos años revolucionarios, hay mayor preocupación porque las normas «vengan a conocimiento de todos los habitantes»³⁴ aunque los medios sigan siendo los tradicionales: lecturas públicas o edictos.

³¹ El capítulo III, artículo 17, del decreto de las Cortes de 23 de junio de 1813 había regulado las competencias de los Jefes políticos en la publicación de las leyes en la capital de su provincia y su circulación a otras autoridades de la misma. En 1820 el texto se refiere sólo a Madrid.

³² Artículos 15, 16, 17, 18 y 19.

³³ Artículo 20.

³⁴ Artículo 21.

Y si la promulgación es la manera de hacer pública la voz del legislador, algunas de las conclusiones sobre ese legislador, que también plantean a su vez otras preguntas, se deducen de la lectura de las normas incluidas en la Colección de Decretos, y de las difundidas por la *Gaceta del Gobierno*³⁵. Y hay dos observaciones importantes que reafirman el protagonismo de las Cortes. Una es que se considera efectivamente que la fecha de la norma, y la afirmación se refiere tanto a decretos de las Cortes como a los textos sancionados, es la de su aprobación por las Cortes, lo que en este último caso significa entender que es ley no sólo antes de ser promulgada, sino también antes de ser sancionada. Son cuestiones que plantean de nuevo interrogantes sobre las fechas que determinan la obligatoriedad y la eficacia de lo mandado, y que por otra parte son los mismos problemas existentes en el siglo anterior. Decretos de las Cortes y leyes son después promulgadas con fórmulas distintas, en el primer caso con arreglo a lo establecido en el correspondiente reglamento de las Cortes, en el segundo de acuerdo con el artículo 155 de la constitución. Y la otra observación es que el texto de las leyes promulgadas según dicho artículo pierde al imprimirse toda referencia a la sanción. Veámoslo por ese orden.

En cuanto a la primera cuestión –la fecha de la norma– ordenamos cronológicamente los datos de una misma conclusión. En 1820 es necesario establecer de nuevo la vigencia de los textos aprobados en la anterior etapa, ya que fueron declarados nulos en 1814. En los meses previos a la instalación de las Cortes muchas de aquellas normas serán restablecidas por distintos reales decretos, aunque oyendo la opinión de la Junta que se crea el 9 de marzo, y cuando estos decretos tengan que hacer referencia a la normativa que de nuevo va a estar vigente, la nombrarán por la fecha de su aprobación por las Cortes, no por la de su promulgación³⁶.

Después, cuando el 6 de julio se instalen las Cortes y se posibilite con ello la práctica constitucional en la aprobación de las leyes, una de las consecuencias va a ser que si hasta entonces se decretaba y promulgaba, ahora las leyes añadirán una fecha más, la de la sanción. Y en los años siguientes, cuando normas de etapas políticas relacionadas con otros momentos constituyentes o constitucionales se refieran o modifiquen leyes de este trienio, las citarán por la fecha en que fueron decretadas. La voluntad que decreta es ahora la general y la fecha de la ley, como en el siglo anterior, sigue siendo la relacionada con la formulación de esa voluntad, mientras que sanción y promulgación tienen fechas relacionadas con el cumplimiento³⁷. Por las mismas razones, y a partir de que el 13 de agosto de 1836 se ponga de nuevo en vigor el texto de 1812,

³⁵ En la nueva etapa se llamará así desde el 1 de julio de 1820 y será *Gaceta de Madrid* desde el 12 de marzo de 1821.

³⁶ Como ejemplo, el real decreto de 12 de marzo de 1820 restablece el Supremo Tribunal de Justicia de acuerdo con el decreto de las Cortes de 17 de abril de 1812.

³⁷ La ley de 19 de junio de 1821 se crea como «aclaración a la ley de 27 de septiembre último sobre vinculaciones», que fue sancionada el 10 de octubre de 1820. Colección de Decretos, tomo VII, y la ley de 6 de junio de 1835 sobre reintegro de los compradores de bienes vinculados cita a dicha ley de vinculaciones como decreto de las Cortes de 27 de septiembre.

numerosos reales decretos restablecerán las normas que la desarrollan, nombrándose igualmente las leyes del trienio únicamente por la fecha de su aprobación por las Cortes, sin referencia a la de su sanción. Son datos perfectamente acordes con un determinado concepto del poder legislativo y que por ello se modificará en las constituciones posteriores, cuando en ellas aumente el protagonismo de la monarquía en la creación de las leyes.

La otra cuestión, que responde a idénticas razones, es que cuando las normas se difundan en la *Gaceta*, en su texto se dirá, siguiendo lo establecido por el Reglamento de las Cortes, que las leyes han sido creadas «después de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitución», entre las que está la sanción, pero se imprimen únicamente con la fecha de su aprobación por las Cortes, y sin ninguna referencia a la realización de dicho trámite y dentro del decreto de promulgación, según establece el artículo 155: es en dicha fórmula donde consta que ha sido sancionada, pero no consta en el original la fecha de esa sanción. Así pues, tanto las normas que son ley como las que son decretos de las cortes tendrán siempre dos fechas, y ya sabemos que son citadas por la que se corresponde con ese «decretar» que formula la voluntad general. Son hechos que ayudan a concluir que sanción y promulgación son fechas sin relevancia para determinar la existencia de la ley, aunque esta última tenga indudablemente consecuencias en cuanto a la eficacia y exigencia a los españoles de lo ordenado.

Y volviendo a los decretos de las Cortes, su reglamentaria fórmula de promulgación aludirá a dicho legislador y también el propio texto dispositivo introducirá precisiones sobre su legitimación en distintos artículos constitucionales según la materia objeto de regulación. La práctica, según hemos comprobado, altera incluso lo establecido por los reglamentos de las Cortes, ya que se producen superposiciones y algunos textos se consideran a la vez competencia exclusiva de las Cortes y resultado de propuestas del rey, lo que complica el uso del formulario establecido.

Y aunque quede ya fuera del marco cronológico de estas páginas, pero como observación que confirma la necesidad de tener en cuenta los diferentes conceptos de ley y las consiguientes diferencias en la promulgación y publicación que se irán estableciendo, y que permitirán concretar y fechar el momento en que ambos términos independicen su significado, la vigencia del Estatuto Real modificará de nuevo la forma de promulgación de unas leyes en las que ya no hay referencia a la fecha de aprobación de las cortes, sino sólo a la sanción –lo que es acorde con su entendimiento del legislativo– y que en lugar de contener una relación de destinatarios, tiene ahora un mandamiento general de cumplimiento y ejecución que añade que su promulgación debe ser solemne, lo que evita la alegación de ignorancia, y en la que también puede observarse que ese rey que promulga ya no lo es «de las Españas», sino que recupera la relación de sus títulos históricos. Nuevos planteamientos que llevarán a otras conclusiones.

Y enseguida, cuando la constitución de 1837 se distancie de la de 1812 y aumente el protagonismo de la monarquía en el legislativo, la voz del legisla-

dor perderá toda fecha de referencia, publicándose las leyes sólo con una: la del decreto de promulgación. Entonces la promulgación fechará la ley y probablemente obligará a añadir nuevas conclusiones que quizá modifiquen, enseguida o más tarde, la indistinción de los conceptos «promulgación» y «publicación» que señalamos ahora. Pero el que, en cada período constitucional se establezcan distintas formas de promulgar sus leyes, y también la variedad de formas normativas y de contenidos que publica la *Gaceta de Madrid* según los años de vigencia de dichos textos, son una referencia imprescindible para comprender la publicación de las normas y para valorar las opiniones de los juristas en este complejo siglo XIX.

RAQUEL RICO LINAGE

Los servicios públicos en el siglo XIX

SUMARIO: I. El estado liberal y el servicio público.–II. Los servicios públicos económicos: 1. La publicación de los medios de comunicación: el servicio de correos y el telégrafo; 2. La publicación de los medios de transporte: el ferrocarril.–III. La aparición de los servicios públicos asistenciales: beneficencia, sanidad y educación: 1. La beneficencia; 2. Los servicios públicos sanitarios; 3. La educación.–IV. La ruptura del sistema liberal: la municipalización.–V. Conclusiones.

I. EL ESTADO LIBERAL Y EL SERVICIO PÚBLICO

La construcción teórica del servicio público se produce, en sentido estricto, en la Francia de los primeros años del siglo XX, de la mano de Hauriou y los autores de la Escuela de Burdeos, con Duguit y Jézé a la cabeza ¹. Pero esta institución dio sus primeros pasos con anterioridad, pues ya durante el siglo XIX comienza a gestarse su aparición ². Esta primera etapa, que viene a constituir

¹ AUBY, J. M., y DUCOS-ADER, R.: *Grands services publics et entreprises nationales* I, PUF, París, 1969, pp. 13 y 14. Como indica J. CHEVALLIER: la noción de servicio público no es desconocida antes del siglo XX, pero tiene una importancia limitada, es con su construcción jurídica a principios de ese siglo cuando se convierte en un elemento clave en la evolución del Derecho público. «Le place du service public dans l'univers juridique contemporain», en *Le service public en devenir*. L'Harmattan, 2000, p. 22. La misma opinión en nuestro país, donde A. MARTÍNEZ MARÍN, ha afirmado que «no existe elaboración doctrinal, como categoría jurídica unitaria, de la teoría del servicio público con anterioridad a la concepción de los escritos franceses». «La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española», en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX*, II. *Homenaje al Profesor Garrido Falla*. Editorial Complutense, Madrid, 1992, p. 1380.

² LÓPEZ PELLICER, A.: *Lecciones de Derecho administrativo* II, Murcia, 1989, pp. 131 y 132.

una suerte de prehistoria del servicio público, pues éste no alcanza auténtica consagración hasta el redescubrimiento del celebre *arrêt Blanco* a inicios del pasado siglo ³, no ha merecido la atención doctrinal que han recibido las demás etapas de la evolución de esta teoría, uno de los temas, sin duda, más profusamente estudiados por los administrativistas. Pero, sin embargo, su análisis resulta extraordinariamente interesante, y juega un papel importante en la correcta comprensión de esta noción clave de nuestro Derecho público. Razones que justifican, al menos así lo entendemos, la realización de este estudio.

No nos parece oportuno tomar como punto de partida un momento anterior al siglo XIX. Pues, aunque ya con anterioridad a este periodo el Estado se encargaba de la prestación de algunos servicios (justicia, defensa, relaciones exteriores), y estas actividades pueden ser según algunas concepciones consideradas servicios públicos (por ejemplo para el Derecho francés, que las engloba dentro de la noción de servicios públicos administrativos), nosotros preferimos caracterizarlas como funciones públicas ⁴.

Empezaremos nuestro análisis, por ello, a mediados del siglo XIX, momento en que aparecen ya los primeros ejemplos de lo que hoy llamaríamos propiamente servicios públicos. Así lo hace el correo, seguido de los servicios asistenciales, y más tarde se irán añadiendo los grandes servicios económicos ⁵. En este momento el concepto está aún en proceso de formación, y deberá de pasar bastante tiempo hasta que a un concepto consolidado de servicio público se le una este término ⁶. Por esta razón, el examen de este primer servicio público debe hacerse desde las actividades concretas que se configuran como tales, teniendo

³ Recuérdese que esta famosa resolución se dicta en 1873, pero no recibió en este momento una gran atención. Sólo bastante más tarde, durante los primeros años del siglo XX, se toma como base de la teoría del servicio público, y se consagra como una piedra angular del Derecho administrativo francés. Véase al respecto RIVERO, J.: «Hauriou et l'avènement de la notion de service public», en *L'évolution du Droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, pp. 461-465. LAUBADÈRE, A., de; VENEZIA, J. C., y GAUDEMET, Y.: *Traité de Droit administratif*, Tome I, LGDJ, París, 1994, p. 38.

⁴ Como señala J. A. SANTAMARÍA PASTOR: estos servicios, que se caracterizan por constituir actividades de autoridad, que implican el ejercicio de poder público, se pueden diferenciar claramente de los demás servicios públicos por dos notas: a) se realizaban más con un espíritu limitador y coactivo que servicial, pues no tratan tanto de proporcionar utilidad a los súbditos, como servir a las necesidades de la monarquía o aparato estatal; b) eran servicios prestados *uti universi*, esto es, no están pensados para proporcionar utilidad a personas concretas, sino que sirven necesidades abstractas de la comunidad política. *Principios de Derecho administrativo II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 296 y 297

⁵ Señala S. MARTÍN-RETORTILLO que la «*publicatio* de muy distintos cometidos, ya desde el siglo XIX está en el origen mismo de la Administración contemporánea, que los recondujo al ámbito de los cometidos de titularidad pública». «Sentido y forma de la privatización de la Administración pública», en *Administración de Andalucía* 39, julio-agosto-septiembre de 2000, p. 16.

⁶ En tal sentido, señala A. ROLDÁN MARTÍN: que a mediados del siglo XIX se produce el nacimiento del servicio público en el terreno de los hechos, pero que su conceptualización jurídica no tendrá lugar hasta un momento posterior por obra de la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado y la Doctrina francesa. «Los nuevos contornos del servicio público», en *Derecho administrativo económico*, Director E. Ortega Martín, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 20 y 21.

en cuenta que este término no tiene un auténtico sentido jurídico, pues aunque es ya utilizado, lo es sin un significado preciso ⁷. En realidad, sólo podemos decir que en este momento nos encontramos ya con auténticos servicios públicos de forma anacrónica, verificando que en ese momento determinados sectores de actividad se configuran como lo que hoy denominaríamos de esa manera.

Ahora bien, a nuestro juicio, esto no implica que no exista ya en esta época una teoría general de lo que debía ser lo que hoy llamaríamos servicios públicos, esto es, que el Estado liberal no tuviera una concepción elaborada de qué prestaciones deben quedar bajo la tutela estatal. Lo que supone que no pueden considerarse los servicios públicos de esta etapa histórica como un conjunto de sectores individuales publicados, sino que se insertan dentro de una doctrina inherente al periodo en que nos encontramos, cuyo sentido debemos precisar.

Conviene apuntar, antes de entrar de lleno en el análisis de esta cuestión, que consideramos como un criterio clave, para determinar la existencia o no existencia de servicio público, la asunción del control de la actividad por parte de la Administración. Frente a esta postura se ha pronunciado Sala Arquer, que considera que lo determinante para que éste se dé es el principio de continuidad ⁸. Compartimos sólo parcialmente esta afirmación, pues indudablemente el nacimiento de los servicios públicos responde a la necesidad de asegurar el suministro continuado de determinadas prestaciones, por ello, para que éste se constituya es imprescindible tal necesidad ⁹. Ahora bien, no se puede inferir que haya servicio público por la mera concurrencia de este factor, pues dicha exigencia puede ser satisfecha en condiciones aceptables por la iniciativa privada. El servicio público surge cuando por determinados motivos el Estado decide asumir la garantía de esa continuidad, bien por no estar asegurada la prestación continuada, o bien por no estarlo en las condiciones deseadas por el poder público.

También parece oportuno destacar que, cuando hablamos de la existencia de servicios públicos en este momento, no utilizamos el término con la amplitud con que se concebirá éste posteriormente en el Derecho francés, donde se configura como una noción que pretendía sustentar todo el Derecho administrativo. Solución que no se adoptará en líneas generales en España, donde se

⁷ RIVERO, J.: «Hauriou et l'avènement de la notion de service public», en *L'évolution du Droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, pp. 463 y 464. VILLAR EZCURRA, J. L.: *Servicio público y técnicas de conexión*. Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 29-31. También VILLAR PALASÍ: que apunta que la idea de servicio público no es en sus orígenes definida y clara, en el *prologo* de la obra anteriormente citada, pp. 14-15. Por su parte, A. MARTÍNEZ MARÍN: señala que la expresión *servicio público* «se encuentra de modo infrecuente y esporádico –y desde luego sin conceptuar– en nuestra literatura decimonónica». «La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española», en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX, II. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, Madrid, 1992, p. 1380.

⁸ SALA ARQUER, J. M.: *El principio de continuidad de los servicios públicos*, INAP, Madrid, 1977, pp. 79 y 80.

⁹ La importancia del principio de continuidad en el nacimiento de los servicios públicos ha sido también resaltada por VILLAR EZCURRA, J. L.: *Derecho administrativo especial*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 219 y 220.

defiende mayoritariamente lo que se ha venido a denominar como noción concreta de servicio público. Aquí, como señala Sala Arquer, el servicio público surge no como el régimen de Derecho público, sino como un determinado régimen de Derecho público ¹⁰.

Entrando ya en el estudio de la cuestión de fondo, hay que comenzar señalando que habrá que esperar al siglo xx para que la doctrina del servicio público adquiriera un carácter social, provocando que desde entonces aparezca como un vehículo de la solidaridad y la igualdad social. Con ello, llega el momento de la elaboración técnica y científica del concepto, pero también el de su construcción ideológica, que trae consigo la vinculación, perenne hasta nuestros días, de una determinada actitud político-social a una técnica, la del servicio público. A partir de ese momento, este término se hace sinónimo de igualdad social. Un sentido que aparece unido a la palabra, como si se tratará de algo inherente a la misma.

Sin embargo, con anterioridad se habían comenzado a gestar auténticos servicios públicos, que respondían a la satisfacción de necesidades sociales muy diferentes. Este proceso que alcanza su culminación a mediados del siglo xix fue el resultado del triunfo de una sociedad clasista, la sociedad burguesa, que utiliza el servicio público como un arma más de la que servirse para modelar una sociedad a su gusto, orientada a la actividad comercial e industrial, a cuyo servicio se pondrá el Estado ¹¹ como un servidor eficaz que reprime los movimientos sociales y asegura el orden, pero que también garantiza la puesta en marcha de aquellos servicios imprescindibles para la nueva situación económica, que los sujetos privados eran incapaces de asumir por sí mismos ¹². De este modo, el servicio público es antes que vehículo de igualdad social un mero instrumento técnico. Esto es, una institución neutra desde el punto de vista ideológico, y susceptible de operar bajo orientaciones político-económicas de diverso cuño.

Podría pensarse que la temprana aparición de los servicios públicos asistenciales (beneficencia, sanidad y educación) contradice lo que acabamos de decir, en cuanto supone la aparición ya en este momento de servicios que res-

¹⁰ SALA ARQUER: *El principio de continuidad*, pp. 11-13.

¹¹ Como señala B. SUPPLE: «el estado forma parte en el desarrollo industrial no como una fuerza arbitraria sino como el agente de *viejas o nuevas* fuerzas o clases dentro de la sociedad, actuando, bien en su propio interés, bien persiguiendo un propósito aparentemente nacional dentro del cual dichas clases pueden racionalizar su propia función. El estado, al igual que el empresario o el movimiento obrero, es un fenómeno social». «El Estado y la revolución industrial, 1700-1914», en *Historia económica de Europa III. La revolución industrial*, C. M. Cipolla (Editor), traducido por J. Carreras y R. Vaccaro, p. 318.

¹² Como señala J. SANTAMARÍA PASTOR: «la burguesía precisaba de una estructura administrativa racional y centralizada, que permitiese eliminar las disparidades locales y conseguir la formación de un mercado nacional, así como eliminar las perturbadoras trabas feudales; y también, de una Administración robusta y enérgica, que procediese a la creación de las infraestructuras y servicios necesarios para potenciar la actividad económica (carreteras, canales, ferrocarriles, educación) y que permitiese la instauración de un orden público vigoroso, tanto para la lucha contra el bandolerismo rural [...] cuanto para la represión de los incipientes movimientos obreros, que ya en esta época comienzan a hacer su aparición», *Fundamentos de Derecho administrativo I*, Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 138.

ponden a la idea de solidaridad social. Sin embargo, el examen detallado de los mismos nos permitirá desmentir esta idea. El factor histórico determinante de la aparición de éstos, en opinión común de la doctrina administrativa, es la desaparición de los cuerpos intermedios impulsada por la Revolución Francesa y la propia tendencia al fortalecimiento del poder del Estado, que en un proceso progresivo se produce desde la Edad Moderna. La debilitación de esos cuerpos intermedios deja al individuo en una situación de abandono e indefensión, ya que los entes que tradicionalmente habían venido desarrollando las funciones asistenciales quedan imposibilitados para seguir llevándolas a cabo.

Se hace precisa entonces la intervención estatal, que acude a llenar el hueco que de esta forma se había generado ¹³. Con el paso del tiempo se ir gestando un Estado paternalista, obligado a ofrecer solución a las necesidades más perentorias de los individuos, incapaces de dar satisfacción a las mismas por sus propios medios. No se trata de una mera mutación subjetiva, un mero cambio del sujeto llamado a solventar esas necesidades sociales, sino de una transformación sustancial del papel del Estado, que amplía notablemente el elenco de fines que éste está llamado a cumplir. Se abandona de este modo la concepción del Estado-policía, que asumía como únicas funciones la conservación del orden público, la administración de justicia y la defensa y seguridad del Estado; y surge el Estado asistencial, que asume la dirección y transformación de la Sociedad civil ¹⁴.

Sin embargo, en este momento aún esta transformación no se ha producido, el Estado se ve obligado efectivamente a echar sobre sus espaldas estas tareas, pero lo hace sin ninguna pretensión de carácter social. El examen que más tarde realizaremos de la legislación de la época nos permitirá corroborar cómo se actúa más bien con la pretensión de mantener el orden público, y sin que la situación de los sectores desfavorecidos mejore un ápice, incluso en ciertos ámbitos se puede percibir que ésta empeora.

El siglo XIX nos ofrece, pues, un servicio público que responde a las necesidades específicas concurrentes en este momento histórico, y que está dotado de sus propios rasgos específicos. Su examen nos permitirá constatar que no puede ser reducido al papel de un mero precedente, sino que constituye un elemento imprescindible del Estado liberal decimonónico. Son dos los factores que determinan su formación: por un lado el fortalecimiento progresivo del Estado, y por otro el triunfo social de la burguesía.

¹³ VILLAR PALASÍ, J. L.: «Concesiones administrativas», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, p. 690. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tecnos, novena edición, 1989, pp. 301-302. VILLAR EZCURRA: *Servicio público y...* pp. 23-28. ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 287. SANTAMARÍA PASTOR: *Principios de Derecho...* II, p. 297.

¹⁴ Como indica R. ENTRENA CUESTA: mientras que la Administración en el Estado liberal, «salvo contadas excepciones, contemplaba confiada el desenvolvimiento de las fuerzas sociales, en el Estado social adopta una postura activa; precisamente, para eliminar los obstáculos que se oponen al desarrollo y realización de los derechos y libertades». «El modelo económico de la Constitución española de 1978», en la obra colectiva *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 14.

Por lo que se refiere al fortalecimiento del Estado, se viene produciendo de forma continuada desde la Edad Moderna ¹⁵, y alcanza su culminación con la Revolución Francesa, que dará un impulso definitivo al nacimiento de la Administración pública moderna.

Por otra parte, tendrá también un carácter determinante la consolidación de una nueva clase dirigente, la burguesía, que encuentra en la Administración pública el instrumento ideal para modelar a su gusto el nuevo orden social, que no será sino el resultado de la realización de sus intereses, objetivo para el que requiere la creación de un poderoso aparato administrativo ¹⁶. Esto supone, en definitiva, que la pujante sociedad burguesa anhela un poder administrativo reforzado, del que requiere tanto para eliminar las trabas que la vieja sociedad estamental imponía al nuevo orden social y económico a cuya creación aspiraba, como para la instauración positiva del mismo, y que encuentra su máxima expresión en la eliminación del control judicial de la Administración ¹⁷.

A esto hay que añadir un dato sobradamente conocido, como lo es el rechazo del pensamiento económico liberal a la intervención del Estado en la economía. Durante la edad moderna la teoría económica dominante había sido el mercantilismo, que era partidario de la intervención estatal en la economía ¹⁸, aunque el alcance de ésta era más bien limitado ¹⁹, y carecía, además, de cualquier carácter social, ya que lo «que persigue prioritariamente es el interés

¹⁵ VILLAR PALASÍ: «*Concesiones administrativas*», pp. 689-691. ARIÑO: *Economía y...*, pp. 286-288.

¹⁶ SOUVIRON MORENILLA, J. M.: *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, p. 50, nota 88. VILLAR EZCURRA: *Servicio público y...*, p. 31. FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *La formación histórica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 56-77. Este último autor señala que la «Administración, en sí misma, se erige, pues, como un fin inmediato de la acción política, vocado a sentar las bases sobre las cuales pueda la burguesía, ulteriormente, transformar la sociedad e iniciar la expansión del capitalismo industrial y financiero, en aras de sus propios intereses económicos», pp. 67 y 68.

¹⁷ Señala M. BULLINGER que la «pretensión de eximir a la legislación y administración pública del control de los jueces constituyó una positiva aspiración liberal, sobre todo en la primera época reformadora, cuando se trataba de cancelar el orden estamental, con sus barreras y su red de privilegios en beneficio de un distinto orden civil basado en la igualdad jurídica y la libertad económica, a través, entre otras cosas, de la consagración de una libertad de industria que resquebrajase los viejos privilegios de esta esfera o la liquidación de la administración patrimonialista y de los privilegios señoriales vinculados a ella». *Derecho público y Derecho privado*, traducción de A. E. Drake, IEP, Madrid, 1976, p. 78.

¹⁸ CLOUGH, S. B. y RAPP, R. T.: *Historia económica de Europa*, traducida por Enrique Lynch. Tercera edición. Omega, Barcelona, 1986, pp. 224 y 225. SIMÓN SEGURA, F.: *Historia económica mundial y de España*, UNED, Madrid, 1987, p. 137. AZAGRA, J., en la obra colectiva *Curso de historia de la economía*, coordinador: Jordi Palafox, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 55-59. DELFAUD, P.; GERARD, CH.; GUILLAUME, P.; y LESOURD, J. A.: *Nueva historia económica mundial (siglos XIX-XX)*, traducción de M. A. Galmarini del original de 1977, Vicens Vives, Barcelona, 1984. Señalan estos últimos que el Estado durante este periodo intervenía en la actividad económica a través de tres vías: reglamentando la actividad económica, aportando apoyo financiero a las empresas y creando empresas estatales, pp. 266 y 267.

¹⁹ Como señala SUPPLE: «los sectores que gozaban del apoyo estatal no constituyeron sino puntos aislados dentro de una sociedad preindustrial», «El Estado y...», pp. 322-324.

nacional y la riqueza del país»²⁰. Frente a ello, el Estado liberal fue partidario de una radical escisión entre Estado y Sociedad, que rechazaba la intervención del Poder público en la vida económica²¹.

Se ha señalado que a esta separación entre Estado y Sociedad corresponde en la dogmática jurídica la separación entre Derecho público y Derecho privado. Distinción que pasa de tener un carácter puramente teórico a responder a una motivación política, permitiendo así la creación de «un Derecho privado general conformado abstractamente, es decir, con independencia de la realidad socioeconómica»²². De manera que se configura una sociedad que bajo la bandera de la libertad y la propiedad encubre una ideología puramente clasista, que consagra la igualdad de todos los ciudadanos de un modo puramente formal, sin atender a la realidad social subyacente²³.

Un factor a tener en cuenta es la existencia en este momento de un Estado censitario, que posibilitó el mantenimiento de un sistema socioeconómico que

²⁰ DELFAUD, GERARD, GUILLAUME y LESOURD: *Nueva historia económica...*, pp. 266-267. LAUFENBURGER, H.: *Intervención del Estado en la vida económica*. Segunda edición en español, traducida de la primera edición francesa de 1939 por Gabriel Franco. Fondo de Cultura Económica. México, 1945, p. 17.

²¹ ALONSO UREBA, A.: *La empresa pública*. Montecorvo. Madrid, 1985, pp. 57-58. MALARET I GARCÍA, E.: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*. Civitas. Madrid, 1991, p. 70. DELFAUD, GERARD, GUILLAUME y LESOURD: *Nueva historia económica...*, pp. 271-272. RODRÍGUEZ LABANDEIRA, J.: «Estado liberal y sociedad capitalista», en *Antiguo Régimen y liberalismo II*. Alianza. Madrid, 1995, que considera que en este momento «al Estado no se le reconoce otra finalidad que la de garantizar el derecho vigente, o lo que es lo mismo, el despliegue autónomo de una sociedad clasista que se fundamenta en la riqueza creada por una economía de libre mercado autorregulado, cuyo paradigma es el *laissez-faire*», p. 330.

²² ALONSO UREBA, A.: *La empresa...*, pp. 488-492. También GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El Derecho administrativo privado*. Montecorvo. Madrid, 1996, p. 344. Considera BULLINGER: que si se llegó «a una profunda autonomización del Derecho público, considerado como algo fundamentalmente diferente del Derecho privado, eso obedeció no tan sólo a la pretensión, muy propiamente nacionalista, de claridad conceptual en lo sistemático-jurídico, sino también –y aquí el racionalismo jurídico nada tenía que ver– a la comprensión del Estado como un *aliud* radical respecto a las restantes agrupaciones humanas». De tal modo que en el siglo XIX la diferenciación entre Derecho público y Derecho privado adquiere un carácter político con un doble objetivo: en primer lugar, para lograr la creación de «un Derecho privado general dotado de categorías propias y distintas, básicamente ajeno a la existencia del Estado y tratado autónomamente por la legislación y la doctrina»; y en segundo lugar, para «consagrar un ámbito garantizado de libre actuación del individuo en la comunidad política». *Derecho público y...*, pp. 88-89 y 56.

²³ GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J. A. y GARCÍA MARÍN, J. M.: *Manual básico de Historia del Derecho*. Madrid, 1997, pp. 349-352. Señala A. NIETO: que el Estado liberal, con la separación Estado-sociedad, logra una limitación del poder estatal frente a los derechos individuales, de tal modo que «si, en último extremo, la garantía se monta sobre los derechos individuales y no sobre la legalidad, ello se debe a la obvia circunstancia de que los únicos detentadores de tales derechos son los burgueses, puesto que la otra clase carece prácticamente de los elementos integrantes de un patrimonio jurídico defendible». *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*. INAP. Madrid, 1986, pp. 146-147. Como señala E. FORSTHOFF: tras la Revolución francesa se «creó la posibilidad de que se desarrollase un orden social en que se uniesen desigualdad y libertad. La desigualdad que la caracteriza la vida de la sociedad encuentra su contrapartida dialéctica en la igualdad ciudadana». *El Estado de la sociedad industrial* (1971). Traducido por Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. IEP. Madrid, 1975, pp. 28-29.

daba la espalda a las cada vez más frecuentes reivindicaciones sociales, y se consagraba a la satisfacción de los intereses de un grupo social minoritario. Habrá de pasar aún algún tiempo hasta que el reconocimiento del sufragio universal y la presión del asociacionismo obrero determinen el cambio de esta situación, y el paso al denominado Estado social, en el que los poderes públicos desarrollan ya una acción de carácter redistribuidor ²⁴.

De esta forma, la presión social lleva a una mayor asunción de la dirección económica por parte de los poderes públicos, derrumbando esa distinción rígida entre Derecho público y Derecho privado a la que hacíamos referencia ²⁵.

Antes de continuar conviene precisar que lo dicho no pretende ser un juicio negativo de la revolución burguesa, ni tampoco del pensamiento económico liberal. Conclusión que excedería con mucho de los objetivos de este estudio y de los conocimientos de quien lo escribe. Algún autor de reconocido prestigio ha demandado una revalorización de la revolución liberal ²⁶, y hay también quien ha señalado que el abstencionismo económico del Estado liberal respondió a la realidad de su época histórica, y que no hubiera sido posible en este momento una asunción más intensa por parte del Estado de la actividad económica ²⁷. Nuestro objetivo, mucho más modesto, es simplemente fijar cuál fue el

²⁴ COMÍN, F.: *Historia de la Hacienda pública I*. Grijalbo Mondadori. Barcelona, 1996, p. 352. MADDISON, A.: *Historia del desarrollo capitalista. Sus fuerzas dinámicas*. Traducido por J. Beltrán Ferrer. Ariel. Barcelona, 1991, pp. 61-62. Como señala L. PAREJO ALFONSO: el «paso a la sociedad industrial, la fragmentación en una pluralidad de clases sociales propia de ésta y la incapacidad de la misma para, mediante autorregulación, resolver en su seno los graves problemas emergentes a lo largo fundamentalmente de la segunda mitad del siglo XIX están en el origen de la ampliación e intensificación de las responsabilidades del Estado, conducentes al actual Estado social». «El Estado social y la Administración prestacional», en *Revista Vasca de Administración Pública* 57, mayo-agosto 2000, p. 17. M. S. GIANNINI: le da incluso una mayor importancia a este último elemento, manteniendo una posición divergente a lo que hemos dicho previamente, de tal modo que niega la teoría del Estado abstencionista, que para él nunca se dio. Pues el «Estado es por definición –en cuanto ente político– un ente que *interviene* en la economía de la Comunidad», y explica la mayor intervención en la economía del Estado democrático no como fruto de una decisión política, sino de la desaparición del Estado censitario, y la aparición de nuevas clases sociales que influyen en la toma de decisiones políticas. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*. INAP. Madrid, 1980, pp. 65-68.

²⁵ PAREJO ALFONSO: «*El Estado social y...*», pp. 17-19. Se ha señalado que la «intervención pública en la economía ha provocado la ruptura de la formulación liberal, que creó su propio Derecho mediante la técnica de mercantilizar el Derecho privado, y que pretendió reducir el Derecho estatal a la condición de supletorio y dispositivo, con reconocimiento de la primacía de las reglas convencionales emanadas de la autonomía privada». SÁNCHEZ BLANCO, Á.: *El sistema económico de la Constitución española*. Civitas. Madrid, 1992, p. 33.

²⁶ Señalando que la revolución burguesa precedió a la revolución y no se confundió con ella, y que si «en nuestros días la historiografía ofrece habitualmente una imagen crítica y negativa de la revolución burguesa, atribuyéndole todos los males surgidos de la combinación de ambas revoluciones, debido a que ignora el hecho fundamental de que la revolución liberal corresponde a una etapa agraria de la historia económica y que su pretensión de crear una sociedad más justa conoció indudables éxitos». ARTOLA, M. *Antiguo Régimen y revolución liberal*. Ariel. Madrid, 1979, p. 158.

²⁷ Para J. A. SCHUMPETER: «ningún historiador responsable de hoy en día habría podido negar que, dadas las condiciones sociales y económicas de entonces y dados los órganos de administración pública existentes, todo ambicioso intento de regular y controlar la vida económica

papel adoptado por el Estado liberal frente al servicio público, y para ello es preciso establecer, como acabamos de hacer, el contexto histórico en el que éste está llamado a operar.

Debemos, pues, partir de tres datos esenciales para nuestro fin. En primer lugar, el ascenso al poder de un grupo interesado en el desarrollo económico e industrial, la burguesía; en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la necesidad de ésta de constituir un poderoso aparato estatal, tanto para eliminar los obstáculos que la vieja sociedad estamental oponía a la nueva sociedad económica e industrial, como para poner en marcha las actuaciones positivas para la construcción de ésta; y por último, el rechazo a la intervención pública en la economía. De la combinación de estos tres elementos, aunque pueda resultar paradójico, surge un Estado partidario del servicio público, pero no de ese servicio público basado en la solidaridad social del que más tarde nos hablara Duguit²⁸, sino de un servicio público de carácter económico, interesado en proporcionar aquellas prestaciones necesarias al desarrollo económico que el empresario privado jamás asumiría²⁹.

Como indica Laufenburger, «es inconcebible el capitalismo sin un mínimo de intervención»³⁰, y el capitalismo burgués del siglo XIX precisa también una cierta participación del Estado en la actividad económica, cuyo carácter nos lo muestra el propio Adam Smith, que considera que el Estado tan sólo tiene tres deberes que cumplir, primero, «el deber de proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otras sociedades independientes. Segundo, el deber de proteger, en cuanto sea posible, a cada miembro de la sociedad frente a la injusticia y opresión de cualquier otro miembro de la misma, o el deber de establecer una exacta administración de la justicia. Y tercero, el deber de edificar y mantener ciertas obras públicas y ciertas instituciones públicas que jamás será del interés de ningún individuo o pequeño número de individuos el edificar y mantener, puesto que el beneficio nunca podría reponer el coste que representarían para

habría terminado inevitablemente en un fracaso». *Historia del análisis económico*. Traducción española, del original de 1954, de M. Sacristán, con la colaboración de J. A. García Durán y Narcís Serra. Ariel. Barcelona, 1994, pp. 611-613. Hay también quien ha señalado que las críticas a las que se ha sometido el capitalismo industrial proceden más de sus consecuencias políticas que económicas. De tal forma que, sin negar la situación de carestía de las clases necesitadas, entienden que motivó un proceso de mejora, ya que «el capitalismo, a diferencia del feudalismo, desde un principio estuvo sujeto a la fuerza correctiva de la democracia». HEILBRONER, R.; y MILMERG, W.: *La evolución de la sociedad económica*. Traducción de V. de Parrés Cárdenas. Décima edición. Prentice Hall. México, 1999, pp. 68-69.

²⁸ Este espíritu solidario de las tesis de DUGUIT ha convertido su obra en continuo punto de referencia para la doctrina moderna. Véase al respecto, MARTÍN REBOLLO, L.: «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», en *Revista de Administración Pública* 100-102, enero-diciembre de 1983, pp. 2496-2502. La misma opinión ha sido sostenida por CHINCHILA MARÍN, C.: «Servicio público: ¿Crisis o renovación?», en *Régimen jurídico de los servicios públicos*. CGPJ. Madrid, 1997, p. 74. En Francia se ha pronunciado en este sentido L. ROUBAN: «Service public et l'identité politique française: la recomposition de l'ordre institutionnel», en *Le service public en devenir*, pp. 54-60.

²⁹ GIANNINI, M. S.: *Instituzioni di Diritto amministrativo*. Giuffrè. Milán, 1981, p. 542.

³⁰ LAUFENBURGER: *Intervención del Estado...*, p. 9.

una persona o un reducido número de personas, aunque frecuentemente lo reponen con creces para una gran sociedad»³¹. Esto supone no tanto la eliminación de toda participación del Estado en la vida económica, como la condena de cualquier intervención de carácter redistribuidor³².

Hay una contradicción en el fondo de la sociedad liberal, dotada de una ideología contraria a la asunción de tareas económicas por parte del Estado, y que al mismo tiempo requiere de su intervención en la vida económica³³. Factor que explica la utilización de la concesión como medio de gestión de los servicios económicos, fórmula que permite compaginar la asunción por parte del Estado de la responsabilidad del funcionamiento del servicio, con el rechazo a que éste adquiera la condición de empresario³⁴, en cuanto que, a través de ella, la Administración transmite la posibilidad de ejercicio de esa actividad, pero no la titularidad de la misma, que sigue perteneciendo a la Administración³⁵. Es lo que Ariño ha denominado el «Estado de los servicios públicos con contratista interpuesto»³⁶. Si bien, hay que tener también en cuenta que la adopción de la técnica concesional responde también a una motivación de carácter económico, como señala Domínguez-Berrueta, el origen de la concesión «es puramente económico. Hay un momento histórico en que el Estado asume la satisfacción de las necesidades generales, y los servicios públicos se encuadran en este contexto. Pero el Estado, la Administración, carece de medios económicos para hacer frente a la realización de dichos servicios públicos»³⁷.

³¹ SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*. Traducción de C. Rodríguez Braun. Alianza. Madrid, 1994, p. 660. Este texto hace que LAUFENBURGER formule la siguiente pregunta: «¿No queda esbozada así, en toda su complejidad infinita, la noción del servicio público por el fundador o precursor del liberalismo? *Intervención del Estado...*, pp. 28.

³² Señala COMÍN que la «Hacienda liberal aceptó el programa de gastos establecidos por Adam Smith, que limitaba la acción presupuestaria del Estado a suplir los fallos del mercado para asegurar la defensa y la paz social; es decir, los gobiernos habían de suministrar los bienes públicos puros (defensa, policía, justicia y representación exterior) incluso la provisión de infraestructuras había de ser efectuada por el Estado en el caso de que la iniciativa privada no lo hiciese. La doctrina clásica condenaba cualquier intervención encaminada a redistribuir las rentas». *Historia de la... I*, p. 110.

³³ ARIÑO: *Economía y...*, p. 280.

³⁴ ARIÑO: *Economía y...*, pp. 280-281. SOUVIRON MORENILLA: *La actividad de la Administración y...*, pp. 50-51. LÓPEZ PELLICER, J. A. y SÁNCHEZ DIAZ, J. L.: *La concesión administrativa en la esfera local*. IEAL. Madrid, 1976, pp. 15-16. BERMEJO VERA, J.: *Régimen jurídico del ferrocarril en España*. Madrid. Tecnos, 1975, señala este autor que a través de la concesión se «compatibilizan dos principios entonces contrapuestos: necesidad de *publicatio* de ciertos cometidos y respeto de la iniciativa privada», p. 36.

³⁵ DE LA SERNA BILBAO, M. N.: *La privatización en España*. Aranzadi. Pamplona, 1995, p. 58. ARIÑO: *Economía y...*, p. 281. LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DIAZ: *La concesión administrativa...*, p. 19.

³⁶ ARIÑO: *Economía y...*, p. 279.

³⁷ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: *El incumplimiento en la concesión de servicio público*. Montecorvo. Madrid, 1981, p. 192. La misma opinión mantiene BERMEJO VERA, que señala que la elección del sistema concesional viene determinado en función de la conjugación de varios factores, entre los que se encuentran que, económicamente, se soslayan cuantiosas inversiones estatales. *Régimen jurídico del ferrocarril...*, p. 36. También LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DIAZ: *La concesión administrativa...*, pp. 16-17. MESTRE DELGADO, J. F.: *La extinción de la concesión de servicio público*. La ley. Madrid, 1992, pp. 24-36.

Debemos pasar, entonces, a verificar la certeza de lo dicho con el examen de la evolución de los sectores implicados en dicho momento histórico. Mantendremos, para ello, la distinción entre servicios públicos económicos (red de transportes, servicio postal y telégrafo) y asistenciales (beneficencia, sanidad y educación), pero no debe entenderse, por ello, que consideremos que hay una distinción clara en este momento entre ambos tipos de servicios. En el fondo, la ideología que informa ambos grupos es la misma, la liberal burguesa, y en ambos casos falta, pese a lo que un examen superficial pueda sugerir, una auténtica preocupación social.

II. LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS

1. La publicación de los medios de comunicación: el servicio de correos y el telégrafo

La extraordinaria relevancia que presenta para la actividad económica la existencia de una eficaz red de comunicaciones es tan evidente que no requiere de una detenida demostración, dado que ha sido además afirmada de forma reiterada por la doctrina³⁸. Importancia que es predicable tanto del Correo³⁹, como del telégrafo⁴⁰. No es, pues, extraño el interés de la burguesía mercantil en convertir ambas actividades en servicios públicos.

Pese a que no se produce una expresa calificación del Correo como servicio público hasta la Ley de reorganización de 1953⁴¹, cuyo artículo 1 califica al mismo de «servicio público inherente a la soberanía del Estado», es opinión difundida que fue una de las primeras actividades que se consolidó como tal⁴².

³⁸ CLOUGH y RAPP: *Historia económica de...*, pp. 374-377.

³⁹ Del que indica LAUFENBURGER que «representa un papel económico de primera categoría», a lo que añade que se «transformó de explotación privada en servicio público, al convertirse en factor indispensable y general de la vida económica en todas sus manifestaciones». *Intervención del Estado...*, pp. 36-37. Véase igualmente BAHAMONDE MAGRO, Á.: «El sistema postal en la España contemporánea, 1833-1868», en *Las comunicaciones en la construcción del Estado contemporáneo en España*. Director: Á. Bahamonde Magro. MOPTMA. Madrid, 1993, p. 68.

⁴⁰ Que en opinión de L. E. OTERO CARVAJAL se convirtió en un «instrumento imprescindible para el desarrollo del mundo de los negocios» «El telégrafo en el sistema de comunicaciones español», en *Antiguo Régimen y... II*, p. 595, que también establece que ¿cómo «entender el desarrollo del mercado de la bolsa sin la realidad telegráfica? La misma pregunta cabe hacerse cuando nos planteamos el sistema de precios o los términos del intercambio. En suma, el funcionamiento del mercado exige una variada, rápida, minuciosa y compleja información para su mejor funcionamiento. Los polítics liberales y los hombres de negocios del siglo XIX fueron conscientes de que estaban sustituyendo una economía mercantilista por otra basada, al menos teóricamente, en los principios de la oferta y la demanda, en la que la rápida circulación de la información se había convertido en un valor añadido de primer orden», p. 588. Véase también BAHAMONDE MAGRO, Á.: «Introducción», al libro *Las comunicaciones en la...*, pp. 13-14.

⁴¹ *Ley de 22 de diciembre de 1953 reorganizando los servicios de correos* (RCL 1729).

⁴² Véase PEMAN GAVIN, J.: *Régimen Jurídico del Servicio de Correos*. Publicaciones del INAP, 1983, p. 21, 30-59 y 91 ss. VILLAR EZCURRA: *Servicio público y...*, pp. 26-28. MARTÍN MATEO, R.: «Panorámica histórica de la economía estatal española», en *Revista de Administra-*

Ya durante el siglo XVIII bajo la influencia de las nuevas ideas ilustradas se había convertido en una organización administrativa estable⁴³, experimentando su conversión en un auténtico servicio público, como indica Villar Ezcurra, a medida que se produce su apertura al público⁴⁴. A pesar de ello, siguiendo a Peman Gavin, entendemos que no alcanza totalmente tal condición hasta mediados del siglo pasado, cuando se desprende del carácter puramente fiscal que había ostentado hasta ese momento⁴⁵. Con anterioridad Correos admitía correspondencia de los particulares con la única finalidad de obtener ingresos: era la Renta de Correos. Sin embargo, con el paso del tiempo irá cobrando cada vez mayor fuerza la idea de servicio al público, en un proceso al que no es ajeno las mejoras técnicas que trae consigo el desarrollo de los transportes (especialmente el ferrocarril) y la implantación del sello de franqueo, y que vendrá marcado por la extensión del servicio a sectores cada vez más amplios, así como por la reducción de la cuantía de las tarifas⁴⁶.

Una muestra de este trascendental cambio nos la proporciona la comparación entre dos textos legales de la época. Si examinamos el título 19 de las Ordenanzas de Correos de 1794⁴⁷ encontramos una regulación del uso del sello negro, el cual sólo podía ser utilizado «para los negocios de oficio, y no para los que tocaren á particulares, los cuales han de ir sin él, para que se cobraren sus portes»⁴⁸. Se trata, por tanto, de un precepto que trataba de evitar que un uso indebido del citado sello sustrajese fraudulentamente ingresos a la Renta de Correos. De ahí que las Ordenanzas establezcan que «como el abuso del sello es un delito grave y no admite otro género de prueba que el indicado, declaro, que todo el que lo cometa, sea del fuero que fuese, queda por el mismo hecho sujeto al de correos, por ser materia del fraude del valor de su renta»⁴⁹.

Lo que interesa aquí destacar es que, como certeramente ha puesto de manifiesto Peman Gavin, lo que se está tratando de proteger son los ingresos de Correos. Esto es así porque en este momento Correos sigue teniendo aún un

ción Pública, núm. 65, mayo-agosto de 1971, pp. 40-41. PÉREZ OLEA, M.: «La Ordenanza Postal y las tarifas del servicio de Correos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 32, mayo-agosto de 1960, pp. 260 ss.

⁴³ Véase PEMAN GAVIN: *Régimen Jurídico...*, pp. 30 y 42. PÉREZ OLEA: «La Ordenanza Postal...», p. 268.

⁴⁴ VILLAR EZCURRA: *Servicio público y...*, pp. 26-27.

⁴⁵ PEMAN GAVIN: *Régimen Jurídico...*, pp. 21, 30 y 91. En opinión de BAHAMONDE MAGRO, la conversión se produce en un lento proceso que tiene lugar entre 1833 y 1868. «El sistema postal en...», p. 68.

⁴⁶ Véase PEMAN GAVIN: *Régimen Jurídico*, pp. 52 ss. PÉREZ OLEA: «La Ordenanza Postal...», pp. 270-273. COMÍN, F.: «Los monopolios fiscales», en COMÍN, F. y MARTÍN ACEÑA, P. (Directores): *Historia de la empresa pública*, p. 141. MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado II. Las telecomunicaciones*. Civitas, 1998, p. 26.

⁴⁷ Ordenanzas de Correos publicadas por Real Decreto de 8 de junio de 1794. Hay una reproducción parcial de las mismas en el Título XIII del Libro III de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, los preceptos citados están recogidos en la Ley XIX. También se contienen algunas referencias a las Ordenanzas citadas en la voz «Correos: Correspondencia» del *Diccionario de la Administración Española de Alcubilla*.

⁴⁸ Cap. 10 del tít. 19 de las Ordenanzas de 1794.

⁴⁹ Cap. 17 del tít. 19 de las Ordenanzas de 1794.

carácter esencialmente fiscal, y por ello la sustracción de esas cantidades que el mismo debía de percibir encuentra su especial gravedad en que constituyen un fraude de la Renta, de tal forma que se estaría impidiendo que cumpla con su finalidad propia, que no es otra que la obtención de ingresos⁵⁰. En este instante Correos ha empezado ya a perfilarse como un servicio público y reúne alguno de los elementos que suelen identificar su existencia: proporciona prestaciones a los particulares en régimen de monopolio; pero no es todavía un servicio público, está más cerca de lo que hoy calificaríamos como un monopolio fiscal.

A conclusiones totalmente distintas llegamos al examinar un fragmento de la exposición de motivos de un Real Decreto de 1845⁵¹, en el que se contiene lo siguiente: «Antes de proceder á esta importante declaración, que de hecho rebaja en varios millones los productos, en una parte efectivos y en mayor cantidad nominales, que figuraban en el presupuesto de ingresos del ramo de correos, ha habido necesidad de asegurar que las bajas totales de estas franquicias no viniesen á paralizar ni á afectar siquiera la existencia ni el movimiento de un ramo del servicio público, tan interesante á los particulares y á la gobernación misma del Estado. La ventajosa situación en que de día en día va entrando la administración especial de correos, por las diferentes mejoras que en ella se están realizando, permite ya que se prescindiera del valor de la correspondencia oficial, sin peligro de que sufran dificultades ni entorpecimiento de las comunicaciones públicas». Este texto muestra la mutación que el Correo ha experimentado en este periodo. Se puede ver en él cómo el legislador, al adoptar una medida que supone una importante disminución de ingresos, la entiende plenamente legítima, en cuanto no va a afectar a la continuidad del servicio. Es claro que el equilibrio financiero del servicio ha pasado al primer plano. Lo fundamental no es ya la obtención de ingresos, sino la prestación del servicio, se puede decir ya que Correos se ha convertido en un auténtico servicio público.

Por lo que se refiere al telégrafo, experimenta una evolución similar a la del correo, pasando de ser en un principio una cuestión ligada al mantenimiento del orden público⁵², como muestra el artículo 1 de una Real Orden de 26 de noviembre de 1846⁵³, según la cual únicamente «los Capitanes Generales y los Gefes políticos podrán dirigir por el telégrafo comunicaciones, ya sea á las Secretarías del Despacho, ó ya á las autoridades superiores de las provincias; pero usando solo de esta facultad con arreglo á las órdenes que reciban del Gobierno, y cuando la importancia y urgencia de las circunstancias lo exigie-

⁵⁰ Véase PEMA GAVIN: *Régimen Jurídico...*, p. 119.

⁵¹ Real Decreto de 3 de diciembre de 1845, designando las personas y corporaciones que han de gozar en adelante la franquicia de la correspondencia. Recogido en el Tomo XXXV de la *Colección de las Leyes, Decretos, y Declaraciones de las Cortes y de los Reales Decretos, Ordenanzas, Resoluciones y Reglamentos Generales*, p. 535.

⁵² OTERO CARVAJAL: «El telégrafo en el...», p. 591.

⁵³ Real Orden de 26 de noviembre de 1846, estableciendo las reglas convenientes para el servicio de línea telegráfica desde Madrid á Irun, recogida en *Colección legislativa de España* 39, 1986-4.

ren», a adquirir el carácter de servicio público a medida que se produce su apertura al público ⁵⁴, reconociéndose que todo «individuo tendrá derecho a servirse de los telégrafos del Estado» ⁵⁵.

2. La publicación de los medios de transporte: el ferrocarril

No es tampoco preciso demostrar por evidente la importancia en la vida económica de los transportes en general ⁵⁶, y en particular del ferrocarril, cuyo descubrimiento considera Bermejo Vera «uno de los grandes acontecimientos económicos del siglo XIX» ⁵⁷. Se ha discutido, sin embargo, la verdadera transcendencia económica que tuvo la implantación de tal medio de comunicación en nuestro país ⁵⁸, si bien esto no debe hacernos replantearnos la anterior afirmación, dado que la doctrina especializada tiende a considerar que la creación de esta red de transportes tuvo, a pesar de todo, gran importancia para el desarrollo económico de nuestro país ⁵⁹, y que si no produjo un mayor crecimiento económico no fue tanto por su falta de peso específico, como por la defectuosa forma en que se llevó a cabo su instauración ⁶⁰.

⁵⁴ OTERO CARVAJAL: «El telégrafo en el...», p. 594.

⁵⁵ Artículo 1 del Reglamento para el servicio de la correspondencia telegráfica en el interior del Reino, de 11 de enero de 1861, reproducido en la voz «Telégrafos eléctricos. Correspondencia telegráfica» del *Diccionario de la Administración Española de Alcubilla*.

⁵⁶ VÁZQUEZ DE PRADA: *Historia económica...*, pp. 84-85. Si bien, como precisa S. POLLARD, los transportes «no reflejaban únicamente necesidades económicas. Estos medios de transporte tenían también objetivos militares o políticos, o podían incluso ser una forma de consumo ostensible». *La conquista pacífica. La industrialización de Europa 1760-1970*. Traducción J. Pascual. Universidad de Zaragoza. Zaragoza. 1991, p. 155.

⁵⁷ BERMEJO VERA: *Régimen jurídico del ferrocarril...*, p. 23, señala también este autor que «el influjo del ferrocarril en la vida económica e industrial fue considerable», de tal modo que «la industrialización creciente del siglo pasado debe mucho a los ferrocarriles, toda vez que la tracción ferroviaria supuso el acercamiento de los núcleos habitados o industriales, la posibilidad de masificación del transporte de personas y mercancías, la mejora de los servicios de comunicación postal, el aumentar ilimitado de posibilidades laborales —entre otras muchas consecuencias económico-sociales de fácil deducción», pp. 24-25. Véase igualmente CLOUGH y RAPP: *Historia económica de...*, p. 355. DELFAUD, GERARD, GUILLAUME y LESOURD: *Nueva historia económica...*, pp. 113-116.

⁵⁸ Se ha señalado que hubiera sido más favorable al crecimiento económico el apoyo a la industria que la construcción del ferrocarril. NADAL, J.: «El fracaso de la revolución industrial en España, 1830-1914», en *Historia económica de...* (ed. CIPOLLA), pp. 194-198.

⁵⁹ Un estudio sobre las consecuencias económicas de la instauración del ferrocarril en España lo podemos encontrar en GÓMEZ MENDOZA, A.: *Ferrocarriles y cambio económico en España 1855-1913*. Alianza. Madrid, 1982. Autor que llega a la conclusión de que «el nivel de desarrollo y el nivel de bienestar alcanzados por la economía española hubieran sido inferiores de no haberse tendido los ferrocarriles a partir de 1855, p. 243.

⁶⁰ TORTELLA, G.: *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*. Alianza. Madrid, segunda edición, 1995. Que considera indispensable el ferrocarril para la modernización de la economía española, pese a lo cual, considera que «se ha exagerado el papel del tren en la economía española, o que se ha confundido en ocasiones su utilidad potencial con la mucho menor que en realidad tuvo, debido a los múltiples errores que se cometieron durante su construcción», pp. 111-114.

En cualquier caso, pese a que en España el Estado adoptó en un primer momento una posición pasiva y poco decidida respecto a la instauración del ferrocarril ⁶¹, esa actitud cambiara a partir de 1855, momento desde el cual el poder público asume el impulso de su construcción ⁶², y se configura la actividad ferroviaria como un auténtico servicio público ⁶³. Tal y como confirma el examen de la Ley de 3 de junio de 1855 ⁶⁴, que establecía un sistema concesional, en el que ni los particulares ni las compañías podían «construir línea alguna, bien sea de servicio general, bien sea de servicio particular, si no han obtenido previamente la concesión de ella» (art. 6), teniendo las concesiones de líneas generales una duración máxima de noventa y nueve años (art. 14), de tal forma que transcurrido el plazo fijado se produce la reversión a favor del Estado. Como señala el artículo 15, al «expirar el término de la concesión, adquirirá el Estado la línea concedida con todas sus dependencias, entrando en el goce completo del derecho de explotación», pero mientras duraba la concesión la empresa concesionaria disfrutaba de la explotación exclusiva de la línea, tal y como señala el artículo 204, que concede a todas las empresas de ferrocarriles la «facultad exclusiva de percibir mientras dure la concesión, y con arreglo a las tarifas aprobadas, los derechos de peaje y de transporte, sin perjuicio de los que puedan corresponder a otras empresas».

Como contrapartida estas empresas están sujetas a especiales obligaciones, así señala la ley que en «el pliego de condiciones de cada concesión se comprenderán los servicios gratuitos que deban prestar las empresas y las tarifas especiales para los servicios públicos» (art. 33), además si el Gobierno consi-

⁶¹ MATEO DEL PERAL, D.: «Los orígenes de la política ferroviaria en España», en *Los ferrocarriles en España I*. Dirigida por M. Artola. Salamanca, 1978, pp. 31-32. TORTELLA: *El desarrollo de la España...*, pp. 106-107. GÓMEZ MENDOZA, A.: «Los transportes y el comercio interior en la España del siglo XIX», en la obra colectiva *Historia económica de España. Siglos XIX y XX*. Barcelona, 1999, pp. 232-235. COMÍN COMÍN, F.; MARTÍN ACEÑA, P.; MUÑOZ RUBIO, M. y VIDAL OLIVARES, J.: *Cincuenta años de Historia de los Ferrocarriles Españoles*. Anaya, 1998, pp. 30-31, que señalan que en «aquellos tiempos, las preocupaciones del gobierno eran, lógicamente, lograr la implantación del régimen liberal; los políticos liberales buscaban cómo ganar la guerra a los carlistas y cómo crear los cimientos de un Estado y una sociedad liberal. (...) Las otras reformas económicas y presupuestarias podían esperar».

⁶² TORTELLA: *El desarrollo de la España...*, pp. 107-108, 232-237. COMÍN COMÍN; MARTÍN ACEÑA; MUÑOZ RUBIO y VIDAL OLIVARES: *Cincuenta años de...*, pp. 58-59. GÓMEZ MENDOZA: «Los transportes y el...», pp. 235-237. Señala este autor que la ley de 1855 «desterró al olvido la indecisión administrativa la sustituyó por un ordenamiento que definió con precisión los papeles que debían desempeñar el Estado y la iniciativa privada en el desarrollo de la red».

⁶³ COMÍN COMÍN; MARTÍN ACEÑA; MUÑOZ RUBIO y VIDAL OLIVARES: *Cincuenta años de...*, pp. 56-57. Una opinión diferente parece ser defendida en FRAX ROSALES, E.; y MATILLA QUIZA, M. J.: «Transporte, comercio y comunicaciones», en *Enciclopedia de Historia de España*, dirigida por M. Artola. Alianza. Madrid, 1988. Que consideran que hasta 1843 «la Administración adoptó una actitud expectante, pero a partir del primer proyecto aceptado en esas fechas se reservó la facultad de revisar su realización, autorizar la construcción y ser informado previamente de las tarifas, manteniendo desde el primer momento una visión del ferrocarril como servicio público», p. 214.

⁶⁴ Ley de 3 de junio de 1855, estableciendo un sistema general de Ferrocarriles. Reproducida en la voz «Caminos de hierro», del *Diccionario de la Administración Española de Alcubilla*.

deraba que sin perjuicio de los intereses de la empresa podían bajarse los precios de las tarifas era posible llevar a cabo su reducción «por una ley, garantizando á la empresa los productos totales del último año, y además el aumento progresivo que hayan tenido por término medio en el último quinquenio» (art. 35).

Se recoge también claramente la necesidad de continuidad del servicio, señalando que toda «empresa concesionaria está obligada á mantener el servicio de conducción ó á procurarle por contratos particulares» (art. 38), de tal modo que «cuando por culpa de la empresa se interrumpa total ó parcialmente el servicio público del ferrocarril, el Gobierno tomará desde luego las disposiciones necesarias para asegurarlo provisionalmente á costa de aquella» (art. 39), produciéndose, en caso de no lograr restaurar la continuidad del servicio, la caducidad de la concesión (art. 23 en relación con el art. 39).

Se establecían igualmente especiales facultades de control y supervisión por parte de los poderes públicos; como señala el artículo 45, en «cada concesión se determinará la manera en que el Gobierno ha de ejercer la intervención necesaria para mantener el buen estado del servicio de los ferrocarriles, y asegurarse de los gastos é ingresos de las empresas».

III. LA APARICIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ASISTENCIALES: BENEFICENCIA, SANIDAD Y EDUCACIÓN

1. La beneficencia

Durante toda la Edad Media se concibe la actividad asistencial como caridad privada, cuya atención queda en manos de la Iglesia y de los particulares, y con ello, al margen de la intervención de los poderes públicos⁶⁵. Esta respuesta al problema de la pobreza es propia de una sociedad estamental y religiosa, como lo es la sociedad medieval, y lleva en sus entrañas una profunda contradicción: se exalta la asistencia al pobre, acto que no sólo es expresivo de la más alta moralidad cristiana, sino que constituye además una vía para alcanzar la salvación, pero sin que esto traiga consigo una acción fuerte y decidida dirigida a solventar los problemas de los necesitados, sino que, tomando un sentido radicalmente inverso, va a generar una sociedad inmóvil⁶⁶.

Son, pues, dos las notas que caracterizan la acción asistencial de esta época: es ajena a toda voluntad de transformación social y se desarrolla sin la intervención de los poderes públicos.

⁶⁵ CARASA SOTO, P.: *Historia de la beneficencia en Castilla y León. Poder y pobreza en la sociedad castellana*. Universidad de Valladolid, 1991, pp. 7-8. ALONSO SECO, J. M.; y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*. Boletín Oficial del Estado, 1997, pp. 24-26.

⁶⁶ Como señala CARASA SOTO, pobreza «y caridad son dos virtudes estamentales, es decir, corresponden cada una a una función específica de cada estamento, la pobreza es el instrumento salvador para el tercer estado fundamentalmente y la caridad lo es para los dos estamentos privilegiados». *Historia de la...*, p. 8.

Ya en los siglos XVI y XVII se inicia un movimiento tendente a situar la actividad benéfica dentro de la actividad estatal, empezando a desprenderse la actividad asistencial de la idea de caridad privada, de tal forma que se propugna ya que sea examinada como un problema político. Este movimiento de claro carácter secularizador alcanza su máximo desarrollo en los Estados que quedan bajo la órbita del protestantismo, cosechando, sin embargo, un estrepitoso fracaso en España ⁶⁷.

En nuestro país no se producirá hasta el siglo XVIII lo que se ha dado en llamar cambio de la asistencia social como caridad a beneficencia. Esta profunda transformación viene caracterizada por tres grandes rasgos: la asunción por el Estado del protagonismo en la actividad asistencial, reestructuración y racionalización de las estructuras asistenciales y la inclusión de la problemática asistencial en el ámbito de lo estrictamente jurídico, abandonando el carácter moral que había ostentado hasta este momento ⁶⁸.

Estas transformaciones han servido de base para que algunos autores hablen de la existencia de un auténtico servicio público de beneficencia ya durante el siglo XVIII (Villar Ezcurra, Aznar López) ⁶⁹. Mientras que para Garrido Falla la intervención administrativa en este periodo es aún actividad de policía que, sin embargo, «tiene también por consecuencia el sentar las bases de la actividad de servicio público», pero sin que pueda hablarse de un servicio público plenamente consolidado hasta mediados del siglo XIX ⁷⁰. Opinión, ésta última, que compartimos.

Los textos legales más importantes de la época son la Ley de 23 de enero de 1822 ⁷¹ y la Ley de 20 de junio de 1849 ⁷².

La primera de ellas fue dictada al amparo del artículo 321.6 de la Constitución de las Cortes de Cádiz, que establece que estará a cargo de los ayuntamientos el cuidado de «los hospitales, hospicios, casa de expósitos y demás estable-

⁶⁷ Véase CARMONA GARCÍA, J. I.: «La asistencia social en la España de los Austrias», en la obra colectiva *De la beneficencia al bienestar social. Cuatro siglos de acción social*. Siglo XXI de España Editores, 1986, pp. 69 ss. CARASA SOTO: *Historia de la...*, pp. 8-12. ALONSO SECO; GONZALO GONZÁLEZ: *La asistencia social y...*, pp. 26-27.

⁶⁸ TRINIDAD FERNÁNDEZ, P.: «Asistencia y previsión social en el siglo XVIII», en la obra colectiva *De la beneficencia al bienestar...*, pp. 89 ss. COMÍN, F.: *Historia de la Hacienda pública, II. España (1808-1995)*. Grijalbo Mondadori, 1996, pp. 256-257. ALONSO SECO; GONZALO GONZÁLEZ: *La asistencia social y...*, pp. 47-48. CARASA SOTO: *Historia de la...*, pp. 12-13.

⁶⁹ VILLAR EZCURRA: *Servicio público y...*, p. 28. AZNAR LÓPEZ, M.: «En torno a la beneficencia y su régimen jurídico», en *Revista Española de Derecho Administrativo* 92, octubre-diciembre de 1996, pp. 556 ss.

⁷⁰ GARRIDO FALLA, F.: «La Beneficencia general y particular. Situación y perspectivas», en *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*. Boletín Oficial del Estado, 1967, pp. 17-20.

⁷¹ Ley de 23 de enero de 1822, ó sea Decreto de las Cortes de 27 de diciembre de 1821. Reproducidas en la voz «Beneficencia pública», del tomo II del *Diccionario de la Administración española de Alcobilla*. Madrid, 1868, pp. 661 ss.

⁷² Ley de 20 de junio de 1849, Organizando la Beneficencia: Creación de una Junta general y de Juntas provinciales y municipales y fijando sus atribuciones. Reproducidas en la voz «Beneficencia pública», del tomo II del *Diccionario de la...*

cimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban»⁷³. Esta ley tuvo una tortuosa vigencia, pues, pese a que poco después fue abolida con las demás leyes constitucionales, recuperará su vigencia el 8 de septiembre de 1836, permaneciendo desde entonces en vigor hasta la promulgación de la Ley de 1849⁷⁴.

Se puede afirmar que ya en este momento la actividad asistencial ha pasado a ser de titularidad administrativa. Así se puede inferir del texto de la Ley de 1822, que en su artículo 1 señala que «habrá una junta municipal de beneficencia en cada pueblo que deberá entender en todos los asuntos de este ramo, como auxiliar de su respectivo Ayuntamiento». A través de estas juntas municipales se orquesta una organización puramente administrativa de la beneficencia, constituyendo las mismas el instrumento mediante el cual se hace efectivo el control público de la actividad asistencial. Prueba de ello nos proporciona el examen de las obligaciones que han de cumplir, que están recogidas en el artículo 12 de la Ley, entre las que se encuentran las de vigilar el cumplimiento de la ley, reglamentos y Órdenes del Gobierno por los establecimientos de beneficencia (art. 12.1), recibir y examinar las cuentas de los citados establecimientos para pasarlos a los Ayuntamientos con su censura (art. 12.5), o la de proponer a los Ayuntamientos las personas que estimen más adecuadas para los destinos de directores y administradores de estos establecimientos (art. 12.7). Además, el artículo 13 establece, con el fin de hacer que «la vigilancia de estas juntas sobre los establecimientos de beneficencia sea mas efectiva, nombrarán para cada uno de dichos establecimientos un vocal, que con calidad de visitador, estará encargado de observar frecuentemente si se cumplen en él los reglamentos, si los empleados desempeñan su obligación, y si los pobres están bien asistidos».

Los establecimientos de beneficencia, por tanto, desarrollan su actividad bajo la vigilancia y el control de las juntas municipales. Éstas a su vez quedan bajo la directa dependencia del Ayuntamiento, tal y como muestra el artículo 16 de la Ley, según el cual las «juntas se entenderán en todo directa y exclusivamente con los Ayuntamientos respectivos, y solo en caso de tener que reclamar de agravio contra ellos podrán dirigirse en derecho a las Diputaciones provinciales; las cuales en todo lo relativo al ramo de beneficencia se entenderán con el Ministerio de la Gobernación de la Península». En definitiva, la beneficencia se desarrolla a partir de este momento en el marco de una organización administrativa.

Esta asunción por la Administración de la beneficencia es igualmente patente en la Ley de 20 de junio de 1849 y en su reglamento de desarrollo⁷⁵.

⁷³ Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812. Se puede encontrar reproducida en SEVILLA ANDRES, D.: *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España*. Tomo I. Editora Nacional, 1969, pp. 115 ss.

⁷⁴ Véase SOLER Y CASTELLÓ, F.: *Diccionario de la Legislación Hipotecaria y notarial*. Tomo I. Madrid, 1882, p. 220. ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo II. Madrid, 1874, p. 51. ALONSO SECO; GONZALO GONZÁLEZ: *La asistencia social y...*, pp. 58-59.

⁷⁵ Reglamento general para la ejecución de la ley de beneficencia de 20 de junio de 1849, aprobado por RD de 14 de mayo de 1852.

Así, el artículo 1 de la ley señala que «los establecimientos de beneficencia son públicos», dividiendo éstos en generales, provinciales y municipales (art. 2). Igualmente señala que la «dirección de la beneficencia corresponde al Gobierno» (art. 4), por conducto del Ministerio de la Gobernación (art. 29 del reglamento), auxiliado en Madrid por una junta general, en las capitales de provincia por juntas provinciales y en los pueblos por juntas municipales (art. 5). De tal modo que este poder de dirección del Gobierno le otorga «la facultad de crear ó suprimir establecimientos, agregar ó segregar sus rentas en todo ó en parte» (art. 15 de la ley y 34 del reglamento).

Es, por tanto, incuestionable la titularidad pública de la beneficencia, de hecho ésta es definida por algunos autores de la época (Soler y Castell, Escriche) como «caridad social ejercida oficialmente», destacando a renglón seguido que el Estado se ha apoderado de todos los bienes que poseían los establecimientos de beneficencia, asumiendo las necesidades propias de la misma ⁷⁶.

Si bien debe destacarse el mayor margen que la Ley de 1849 deja a la caridad privada, permitiendo la existencia junto a los establecimientos públicos de establecimientos particulares, siempre que éstos cumplan con el objeto de su fundación, se costeen exclusivamente con fondos propios y su dirección y administración esté confiada a corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto o a patronos designados por el fundador (art. 1).

La financiación es otro aspecto en el que se hace patente la administrativización de la beneficencia. Así, la Ley de 1822 reduce «á un sistema común los fondos de beneficencia» (art. 26). De tal forma que los «fondos de beneficencia procedentes de fundaciones, memorias y obras pías de patronato público, sea real ó eclesiástico, cualquiera que fuere su origen primitivo, quedan reducidos á una sola y única clase, destinados al socorro de las necesidades a que se provee por esta ley». Este sistema común de fondos se divide en fondos municipales y generales (art. 26), fijando la ley el destino que se dará a cada uno de ellos (arts. 27 a 29).

En cuanto a la Ley de 1849 fija como «bienes propios de la beneficencia cualesquiera que sea su género y condición, todos los que actualmente poseen, ó a cuya posesión tengan derecho los establecimientos existentes y los que en lo sucesivo adquieran con arreglo á las leyes», a los que hay que sumar las cantidades que se consignen en los presupuestos generales, provinciales y municipales (art. 14). Con mayor detalle el reglamento habla de bienes y fondos de beneficencia procedentes de fundaciones, memorias y obras pías, de patronato público, sea real o eclesiástico, cualquiera que fuere su origen primitivo (art. 46 del reglamento), también por las cantidades que las Cortes, Diputaciones provinciales y Ayuntamientos consignen como limosnas (art. 48 del reglamento) y los bienes que adquieran los establecimientos con arreglo a las leyes (art. 49 del reglamento).

No obstante, al examinar este sector hay que rechazar la visión idílica a la que puede conducir la mera contemplación de la legislación reguladora de esta

⁷⁶ SOLER Y CASTELLÓ: *Diccionario de...*, p. 220. ESCRICHE: *Diccionario razonado...*, p. 50.

materia sin atender a la realidad histórica y económica que la acompaña. El examen de las leyes de 1822 y 1849 parece dar a entender que se ha dado un paso de gigante en la atención de los necesitados, pasándose de una caridad privada insegura e incierta, dependiente del arbitrio de los sujetos privados, a un sistema asistencial públicamente garantizado. Esto, sin embargo, debe ser matizado, pues el proceso de desamortización y el desmantelamiento por parte de los poderes públicos de la beneficencia particular generan un vacío que el Estado no acabará de llenar.

El proceso desamortizador respondió, según González Bustos, «a los desajustes económicos por los que atravesaba la Hacienda Pública, así como la necesidad de encontrar nuevos recursos que pudieran hacer frente al déficit de la Hacienda y transformar el régimen jurídico de la propiedad agraria para consolidar a la clase burguesa en vez de favorecer a las clases menos protegidas»⁷⁷. Para su comprensión hay que partir de la existencia de dos tipos de propiedad en el Antiguo Régimen: libre y vinculada o amortizada. La diferencia entre uno y otro hay que buscarla en que el segundo de ellos configura una propiedad con el carácter de *res extracommercium*, de la que no se puede disponer libremente en el mercado. Constituyendo, de esta forma, un conjunto de patrimonios inmóviles, capaces de adquirir bienes, pero no de enajenarlos.

Incluso dentro de este mismo periodo histórico se trata de frenar el proceso de amortización y vinculación, fundamentalmente impidiendo su extensión a nuevos bienes. A tal fin se adoptan medidas fiscales y de otro carácter, como por ejemplo la exigencia de autorización para la amortización de nuevos bienes⁷⁸. Aunque también en este momento se adoptan algunas medidas positivas de desamortización, con ellas, como indica de Lorenzo García, se pasa «de la actitud de *impedir la amortización* a la de *provocar la desamortización*»⁷⁹. Siendo la principal manifestación en este sentido los cuatro decretos firmados por Carlos IV el 19 de septiembre de 1798⁸⁰.

El núcleo duro de este proceso, sin embargo, no tendrá lugar hasta el siglo XIX, bajo los auspicios del constitucionalismo liberal. Hay que tener en cuenta que la amortización constituía mucho más que un simple régimen económico de los bienes, sobre ella se apoyaba el rígido régimen estamental del Antiguo Régimen. Ya que la inmovilización de los bienes traía consigo también la paralización de la sociedad misma, constituyéndose en un auténtico seguro de la preeminencia de los dos estamentos privilegiados: Iglesia y nobleza. Por ello, cuando la desamortización se consolida se opera con ella el tránsito de la sociedad estamental del Antiguo Régimen a la sociedad burguesa del Estado liberal. Constituye, pues, una consecuencia más del triunfo social de la

⁷⁷ GONZÁLEZ BUSTOS, M. A.: *Los bienes de propios*. Marcial Pons. Madrid, 1998, p. 33.

⁷⁸ Véase GARRIDO FALLA, F.: «La acción administrativa sobre la beneficencia privada, y en especial sobre las fundaciones de este carácter», en *Centenario de la ley del notariado. Sección tercera. Estudios jurídicos varios*. Volumen IV. Instituto Editorial Reus, 1963, pp. 357ss.

⁷⁹ DE LORENZO GARCÍA, R.: *El nuevo Derecho de fundaciones*. Marcial Pons, 1993, p. 37.

⁸⁰ Véase GARRIDO FALLA: «La acción administrativa sobre...», pp. 360 ss.

burguesía, que logra el paso de una propiedad vinculada a una propiedad individual y libre, y con ello, remover el último obstáculo que impedía su ascenso social.

Los momentos más importantes de este proceso vienen constituidos por la Ley de 11 de octubre de 1820, que queda sin efecto por la Real Cédula de 11 de marzo de 1824, viendo restaurada su vigencia por Real Decreto de 30 de agosto de 1836. Y más tarde por las desamortizaciones de Mendizábal, realizada por los Decretos de 1836 y 1837, y la de Madoz, por la Ley de 1855.

La incidencia de este proceso sobre la actividad asistencial fue inmensa, pues la desamortización va a suponer el dismantelamiento del aparato fundacional, fundamentalmente eclesiástico, a través del cual se venía desarrollando la asistencia a los necesitados⁸¹. Es esta destrucción de la base material mediante la que se satisfacían estas necesidades, operada por el propio Estado, la que genera el vacío que determina su intervención. Por lo que podemos decir, entonces, con Garrido Falla, «que es el propio Estado quien ha provocado las circunstancias, al menos parcialmente, para que la beneficencia se haya convertido en carga estatal»⁸².

Llegado este punto debemos distinguir entre dos tipos de vinculaciones, las que se realizan en atención a un fin privado, como los mayorazgos, y las de interés público, entre las que se encuentran las fundaciones para fines benéficos y religiosos. La diferenciación de unas y otras es importante porque, como ha señalado Garrido Falla, por más que puedan identificarse desde un punto de vista formal, se diferencian claramente en el aspecto teleológico, pues en las segundas prepondera la utilidad pública⁸³.

Ya desde la promulgación de la Ley desvinculadora de 1820 se plantea el problema de determinar cuál es la trascendencia que la desamortización debe tener para las vinculaciones de interés público. Hay que tener en cuenta que el artículo 1 de esta ley suprime todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquier otra especie de vinculaciones de cualquier naturaleza, restituyéndolas a «la clase de absolutamente libres». A esto hay que añadir la prohibición, recogida en el artículo 14, de fundar otros nuevos «en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto».

Precisar el alcance de estos preceptos respecto de las fundaciones benéficas resultó extraordinariamente problemático. De ello nos da noticia el propio legislador de la Real Orden de 5 de julio de 1861⁸⁴, en cuya exposición se señala que la interpretación jurisprudencial de las importantes disposiciones de

⁸¹ DE LORENZO GARCÍA ha puesto de manifiesto cómo «la operación desamortizadora suprimió la base de riqueza material sobre la que se había sustentado la Iglesia hasta entonces y ello sin duda con efectos y consecuencias evidentemente perjudiciales para las clases más débiles de la sociedad, al desaparecer en gran parte, con la desamortización, los Establecimientos Asistenciales, casi todos de titularidad eclesiástica, o de carácter paraeclesiástico». *El nuevo Derecho...*, p. 66.

⁸² GARRIDO FALLA: «La beneficencia de las Entidades públicas...», p. 208.

⁸³ GARRIDO FALLA: «La acción administrativa sobre...», p. 364.

⁸⁴ Reproducida en la voz «Mayorazgos», del *Diccionario de la Administración española de Alcobilla*. Tomo IX, 1869.

la Ley desvinculadora de 1820 han carecido «de la fijeza y homogeneidad que fuera de desear, según parece demostrar la variada e inconciliable jurisprudencia admitida en las dos principales épocas que a su desenvolvimiento práctico pueden asignarse, dominando alternativamente en ellas distintos y aún opuestos principios, como base del criterio judicial».

Como señala este texto, los pronunciamientos de los tribunales sobre la cuestión se pueden agrupar en dos etapas, respondiendo cada una de ellas a planteamientos radicalmente diferentes. En el trasfondo de esta disparidad se sitúa la pugna entre dos intereses en conflicto. Por un lado el de los parientes de los fundadores, interesados en la aplicación de estos artículos a toda clase de vinculaciones, pues esto supondría la adjudicación y distribución de los bienes que las constituían entre los mismos, lo que les permitiría poder disponer libremente de ellos.

Frente a ello el interés público demandaba su no aplicación a las fundaciones benéficas, lo que permitiría que esos bienes quedasen afectos al fin para el que habían sido constituidas esas fundaciones ⁸⁵.

En la práctica este problema se resolvió de forma diversa. En un primer momento se mantiene una posición favorable a la primera postura, lo que implica tanto la posibilidad de enajenación de los bienes de las fundaciones, como la imposibilidad de adquirir bienes por parte de las mismas ⁸⁶. Pero esta doctrina se verá rectificada a partir de 1855, pues a partir de este momento se comienza a considerar que la Ley de desvinculación no se aplicará a instituciones benéficas que no hayan sido establecidas a favor de determinadas personas o familias. Con ello se está reconociendo la existencia de fundaciones «que no constituyen vínculo ni patronato, sino un conjunto ó caudal de bienes amortizados para llenar con sus rendimientos un objeto peculiar» (Real Orden de 5 de julio de 1861) ⁸⁷.

⁸⁵ GARRIDO FALLA: «La acción administrativa sobre...», pp. 366 ss. DE LORENZO GARCÍA: *El nuevo Derecho...* p. 59. HUERTA HUERTA, R. y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, C.: *Fundaciones. Régimen civil, administrativo y fiscal*. Tomo I. Bosch, 1998, pp. 99-101.

⁸⁶ Así, esta doctrina se puede ver recogida en una sentencia de 7 de mayo de 1850, que establece que «los términos generales y absolutos en que se halla concebido el precitado artículo primero no permiten legalmente la exclusión de ninguna especie de patronatos, fideicomisos, mayorazgos ni de vinculación alguna». A esto añade posteriormente que dado que «los artículos catorce y quince de la citada ley se hallan en armonía con el primero, completando entre ellos el pensamiento del legislador, pues suprimidas por el primero las vinculaciones existentes de cualquier clase que fuesen, era consecuencia natural que se prohibieran en lo sucesivo, como se realizó por los mencionados artículos catorce y quince». Reproducida en *Colección legislativa de España*, segundo cuatrimestre de 1850.

⁸⁷ Doctrina ésta que podemos ver en una sentencia de 10 de marzo de 1958: «Considerando que la ley de 11 de octubre de 1820, al suprimir toda especie de vinculaciones, bajo cualquiera denominación que tuviesen, contrajo sus disposiciones á las que se habían establecido a favor y utilidad de los parientes de los fundadores ó de las familias que los mismos designaron, según lo demuestran los artículos 2.º, 4.º, 5.º y otros de la misma ley: Considerando que no hay en ella regla ni disposición alguna relativa á las fundaciones meramente benéficas ó piadosas, cuyos bienes no estaban destinados á determinadas familias o personas: Considerando que esta omisión de la ley revela que no se comprendieron en ella otras fundaciones que las verdaderamente familiares». Recogida en *Colección legislativa de España*. Tomo LXXV, 1858.

Esta evolución jurisprudencial debe ser valorada desde la coyuntura en que se desarrolla para ser apreciada en todos sus matices. La consolidación del Estado liberal y la instauración de la nueva sociedad burguesa exigen la transformación del régimen de propiedad, siendo ésta la razón última y determinante del proceso desvinculador. Como hemos visto, la Ley de desvinculación de 1820, al dar el primer paso para ello, da un duro golpe al sistema asistencial existente, obligando al Estado a asumir la realización de esta actividad. La administrativización de la beneficencia no supone, pues, en sus orígenes, un intento consciente del Estado de garantizar y mejorar las prestaciones asistenciales, sino una mera consecuencia, un efecto secundario de la construcción del nuevo orden social y político. Esto es claramente apreciable, ya que va a producir un empeoramiento de la situación de los necesitados, que hará necesario el resurgimiento de la iniciativa privada.

De todo ello fue ya consciente la doctrina de la época, así, ya en 1865 podemos encontrar un artículo de José Ignacio Beyens en el que se resaltan los negativos efectos que la desamortización ha producido para la beneficencia⁸⁸. También lo ha resaltado la doctrina moderna⁸⁹. Pero nada es tan expresivo como el desarrollo de la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñado y la propia evolución legislativa.

En tal sentido, Tomás y Valiente ha puesto de manifiesto la íntima vinculación existente entre la legislación desamortizadora y desvinculadora y la legislación sobre beneficencia. Las leyes de beneficencia de 1822 y 1849, señala este autor, vienen a rellenar los huecos dejados por las leyes desvinculadoras. Así, continúa, la Ley de 1822 «acentuaba la publicidad del sistema y pretendía absorber por el mecanismo de los contratos y las indemnizaciones, a los establecimientos benéficos de fundación privada dentro del régimen general»⁹⁰.

Se está haciendo, con ello, referencia al título VIII de la ley, en el que se establece la indemnización a los patronos «por derecho de sangre» (art. 128), abriéndose esta posibilidad incluso a aquellos establecimientos «fundados exclusivamente para socorro de alguna familia» (art. 129).

El paso de este sistema a un régimen más tolerante de la iniciativa privada, como lo es la Ley de 1849, es claro reflejo del fracaso de la absoluta absorción por parte del Estado de las actividades asistenciales.

Una vez que se hizo evidente la insuficiencia del sector público para asumir esta tarea, hubo que acudir irremediamente a los particulares. Con ello se abre paso de nuevo la beneficencia particular. Esta entrada de los sujetos privados es, como ya hemos señalado, patente en la Ley de 1849, e irá incrementándose con el paso del tiempo. Así, en la exposición del Real Decreto

⁸⁸ BÉYENS, J. I.: «¿Ha producido en España la desamortización los beneficiosos resultados que el Estado se propusiera al realizarla?», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo 34, 1869, pp. 61 ss.

⁸⁹ DE LORENZO GARCÍA: *El nuevo Derecho...*, p. 60. HUERTA HUERTA y HUERTA IZAR DE LA FUENTE: *Fundaciones...*, p. 60.

⁹⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Estudio previo» a la obra colectiva *Comentarios a la ley de fundaciones y de incentivos fiscales*. Marcial Pons, 1995, pp. 15 ss.

de 14 de marzo de 1899 se habla del «intento de conseguir que la Beneficencia particular viniera en auxilio de la pública y de la general, aliviando los presupuestos del Estado»⁹¹.

En el citado texto legal se distingue entre la Beneficencia general y la particular. A la primera pertenecen «los establecimientos clasificados con este carácter» (art. 1), mientras que en la segunda están comprendidas «todas las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los respectivos fundadores, ó en nombre de éstos, y confiados en igual forma á Corporaciones, Autoridades ó personas determinadas» (art. 4), sin que estas instituciones pierdan su carácter por recibir alguna subvención del Estado, de la Provincia o del Municipio, siempre que aquélla fuere voluntaria y no indispensable para la subsistencia de las fundaciones» (art. 5). Sus bienes están constituidos por «todos los que actualmente posea, á cuya posesión tenga derecho y los que en lo sucesivo adquiera por limosna, donación, herencia ó cualquiera otro de los medios establecidos en el derecho común» (art. 6).

Con ello se está distinguiendo, a juicio de Garrido Falla, entre una Beneficencia pública, que constituiría el servicio público de Beneficencia del Estado, y una Beneficencia privada, que constituye una actividad de interés público desarrollada por particulares y sometida a la vigilancia y el protectorado estatal⁹².

Esta sujeción de la Beneficencia particular al protectorado del Gobierno, que será ejercido por el Ministro de la Gobernación y la Dirección correspondiente, la establece el artículo 1 del Real Decreto y se desarrolla en una Instrucción de la misma fecha⁹³. Comprendiendo éste «las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese á colectividades indeterminadas» (art. 1 de la Instrucción). Tratándose de «asociaciones benéficas creadas y reglamentadas por la libre voluntad de los mismos asociados y sostenidas exclusivamente con las cuotas obligatorias de éstos, ó con bienes de su libre disposición, y en los establecimientos propios de los que los gobiernen y administren, el Protectorado no tendrá otra misión que la de velar por la higiene y por la moral pública» (art. 3 de la Instrucción).

No es extraño, por lo dicho anteriormente, que el juicio que los autores de la época han dado sobre la asunción de la beneficencia por los poderes públicos sea negativo⁹⁴. Valoración con la que coincide también la doctrina moderna,

⁹¹ Real Decreto de 14 de marzo de 1899, reorganizando y refundiendo los servicios de Beneficencia general y particular. Recogido en *Colección legislativa de España*. Tomo III. Volumen I de 1899.

⁹² GARRIDO FALLA: «La Beneficencia general y...», p. 16.

⁹³ Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular. Recogida en *Colección legislativa de España*. Tomo III. Volumen I de 1899.

⁹⁴ Así, SOLER Y CASTELLÓ, según el cual los establecimientos de beneficencia «vivían independientemente y atendían con holgura á sus necesidades con los productos de sus rentas, el Estado se hizo cargo de sus bienes por las leyes de desamortización, concediéndoles en cambio protección, con la que nada han ganado los pobres». *Diccionario de...*, p. 222. En el mismo sentido, ESCRICHE, señala que con el paso de la caridad particular a la beneficencia social los «desvalidos han ganado poco con el cambio». *Diccionario razonado...*, p. 50.

que ha destacado que la beneficencia del siglo XIX persigue como principal finalidad el mantenimiento del orden público, sirviendo como instrumento de freno a los levantamientos populares que amenazan a la pujante sociedad burguesa. Es esto lo que explica que se trate de una acción que actúa sobre los efectos de la pobreza, pero no trata de atajar sus causas. Igualmente, es la razón última que determina el agresivo proceso municipalizador, que alcanza su máxima expresión en la Ley de Beneficencia de 1822, pues, en definitiva, éste se inscribe en el intento de erradicar el peligro social allí donde es más evidente: en las ciudades⁹⁵. Comín ha puesto de manifiesto cómo a partir de 1855 no sólo disminuyen los recursos propios de los centros asistenciales, como consecuencia de la desamortización, «sino que también cayeron las partidas asignadas a la beneficencia en los presupuestos provinciales y municipales», demostrando en cifras «la despreocupación hacia la beneficencia por parte del Estado liberal»⁹⁶.

Una visión desmitificadora y realista de la beneficencia del siglo XIX permite comprobar cómo la asunción de ésta por el aparato estatal supone, ante todo, su instrumentalización por parte de la clase dominante, a fin de constituir un medio de impedir el desbordamiento de los ya peligrosos movimientos sociales.

Es éste el marco en el que se desarrolla la acción benéfica de la época. Desde el punto de vista formal se ha producido un notable avance, ya que a partir de este momento se desarrolla a través de una organización pública, en definitiva como un servicio administrativo. Pero desde una perspectiva material no supone una mejora, quizá sí un empeoramiento de la situación real de los indigentes.

Antes de terminar con el examen de esta materia, debemos salir al paso de un importante obstáculo para calificar la beneficencia de este periodo histórico como un servicio público. Aspecto que fue además sumamente controvertido: la determinación de si en nuestra legislación decimonónica relativa al sector que nos ocupa hay o no un reconocimiento de derechos subjetivos a los ciudadanos⁹⁷.

⁹⁵ CARASA SOTO: *Historia de la...*, pp. 12-28. COMÍN: *Historia de la...*, pp. 256-264. ALVAREZ-URÍA, F.: «Los visitantes del pobre. Caridad, economía social y asistencia en la España del siglo XIX», en *De la beneficencia al bienestar...*, pp. 117 ss.

⁹⁶ COMÍN: *Historia de la...*, p. 261.

⁹⁷ El propio M. COLMEIRO se planteó ya esta cuestión, resolviendo a favor de la existencia de un mero «derecho moral á la asistencia del Gobierno; pero no un derecho civil ni un derecho político». Para este autor hay «ciertos deberes que no tienen derechos correlativos: la caridad pertenece á esta clase». Por ello, la caridad social no es «el derecho de requerir un auxilio, de exigir una prestación determinada, ejercitando el individuo una acción contra el estado para obtener tal asistencia, es una esperanza legítima de alivio, un título de protección respetable á los ojos del Gobierno: no vemos en ella la reclamación de una deuda, sino la demanda de un beneficio». Esta posición responde en buena medida al rechazo de las nuevas pretensiones propugnadas por el socialismo. A éste se refiere expresamente, indicando que la «cuestión de la asistencia, tal cual el socialismo la propone, es la cuestión de vivir los particulares á expensas del estado, en vez de subsistir el estado á costa de los particulares, considerando á la sociedad como un ser ideal, una persona fantástica dotada de una existencia distinta de los individuos y aún opuesta á sus intere-

Del examen del Derecho vigente en ese momento parece, a nuestro juicio, inferirse un claro reconocimiento de derechos a los ciudadanos. Así, ya en la Ley de 1822 se dice respecto a las casas de maternidad que serán admitidas «todas las mujeres, que habiendo concebido ilegítimamente se hallen en precisión de reclamar este socorro» (art. 42). En este sentido se pronuncian igualmente otros artículos como el artículo 50, según el cual serán «recibidos en el departamento de lactancia los niños que nacieren en el de maternidad, si sus madres determinasen dejarlos á cargo del establecimiento, y todos los que fueren expuestos ó entregados á mano». De forma más tajante, el reglamento de 1852 afirma en su artículo 8 que ningún «establecimiento de beneficencia puede excusarse de recibir á pobre alguno ó menesteroso de la clase á que se haya destinado».

Garrido Falla ha señalado que se trata de un derecho abstracto, muy diferente a «un derecho concreto a la prestación y precisamente en un momento determinado»⁹⁸. En nuestra opinión, sin embargo, es perfectamente admisible hablar de un derecho al servicio para aquellos ciudadanos que cumplan con los requisitos exigidos por la ley del mismo. Esta última postura ha sido mantenida por Martín Mateo, poniendo de manifiesto que el hecho de que los efectivos de la Administración sean insuficientes en un determinado momento para la materialización de la prestación es algo que sucede también en otros servicios públicos, sin que por ello se niegue el derecho a los mismos⁹⁹.

En conclusión, la beneficencia parece configurarse ya como un servicio público, pero sin que se pueda descubrir en ella una inspiración de carácter verdaderamente social, siendo más bien una actuación que se desarrolla en orden a la consecución de objetivos de orden público.

2. Los servicios públicos sanitarios

Resulta básica en la actividad sanitaria pública del siglo XIX la distinción entre salud individual y colectiva. La primera de ellas hace referencia a la salubridad del individuo en cuanto que no influye al resto de la sociedad. Frente a ello, la segunda alude a aquellos problemas sanitarios que van más allá del ciudadano individualmente considerado, afectando al grupo social. Esta diferenciación tiene gran transcendencia, dado que en este momento se entiende

ses». Este texto evidencia con claridad la fuerte carga ideológica que subyace a este debate. De hecho, a nuestro juicio, la posición de este autor constituye más una toma de posición de carácter político que una interpretación de los textos legales de la época. *Derecho administrativo español*. Madrid, 1865, pp. 432-434. También da una respuesta negativa a esta pregunta GARRIDO FALLA, para el que la beneficencia en el citado siglo responde en su configuración jurídica al concepto de caridad, por lo que no existía un verdadero derecho subjetivo del administrado a obtener la prestación benéfica. «La beneficencia de las Entidades públicas y su conexión con la privada y con las nuevas formas de seguridad social», en *Problemas políticos de la vida local*. Tomo II. IEP, 1962, p. 212. En sentido contrario se han pronunciado otros autores, como R. MARTÍN MATEO, que considera que en este periodo existen ya auténticos derechos subjetivos a la asistencia social. «La asistencia social como servicio público», estudio preliminar a la obra *Guía de actividades públicas asistenciales*. Ministerio de la Gobernación, 1967, p. 61, nota 256.

⁹⁸ GARRIDO FALLA: «La beneficencia de las Entidades públicas...», pp. 214-215.

⁹⁹ MARTÍN MATEO: «La asistencia social como...», pp. 61-62.

que sólo la última de ellas ha de quedar bajo la salvaguarda de los poderes públicos. En definitiva, la conservación de la salud es un problema individual, del que cada ciudadano debe ocuparse por sí mismo, contando con auxilio estatal únicamente, y aun en estos casos de forma muy deficiente, cuando se trate de problemas sanitarios de tal entidad que trascienden a la colectividad ¹⁰⁰.

Como excepción a esta regla aparece desde muy pronto la actividad sanitaria asistencial, englobada dentro del ámbito de la Beneficencia y dirigida tan sólo a aquellos que carecen totalmente de recursos económicos. Esta organización sanitaria dirigida a la protección de los pobres está ya presente en la Ley de Beneficencia de 1822. Así, el Título III de la misma regula las casas de maternidad (arts. 41-70), el Título VI la Hospitalidad domiciliaria (arts. 98-103) y el Título VI la Hospitalidad pública (arts. 104-126), para aquellos que no pudieran ser asistidos en sus propias casas, recogiendo también este Título disposiciones relativas al establecimiento de «casas públicas destinadas a recoger y curar los locos de toda especie» (art. 119). Con posterioridad, el reglamento de 1952, de ejecución de la Ley de Beneficencia de 1849, establece tres niveles de prestación asistencial: establecimientos generales, «destinados a satisfacer necesidades permanentes, ó que reclaman una atención especial», y que comprenden «los establecimientos de locos, sordomudos, ciegos, impedidos y decrépitos» (art. 2); establecimientos provinciales, dirigidos a la protección de las enfermedades comunes, y entre los que se incluyen los hospitales de enfermos y las casas de maternidad (art. 3); y por último, los establecimientos municipales, destinados a socorrer enfermedades accidentales (art. 4).

Estos establecimientos benéficos proporcionan prestaciones dirigidas a la protección de la salud individual, constituyendo auténticos servicios públicos, si bien deben ser ubicados en el ámbito de la Beneficencia más que en el de la sanidad, por lo que sirve para ellos lo dicho anteriormente respecto a aquélla. En todo caso, conviene señalar que, aparte de la escasa calidad de las prestaciones prestadas, su alcance es muy limitado, ya que va dirigida exclusivamente a un colectivo muy concreto: aquellas personas que se encuentran en una situación de pobreza absoluta, por lo que no se benefician de ella la mayoría de los ciudadanos ¹⁰¹.

Queda, así, la asistencia sanitaria dividida en tres grandes bloques, actividad sanitaria privada, asistencia pública de carácter benéfico y actividad pública, que se dirige fundamentalmente a la resolución de los problemas sanitarios supraindividuales. En realidad, esta cobertura es totalmente insuficiente, y deja a la mayor parte de la población sin una verdadera protección. Pues, dado que

¹⁰⁰ MUÑOZ MACHADO, S.: *La sanidad pública en España*. IEA. Madrid, 1975, pp. 15-20 y 25-28. *La formación y la crisis de los servicios públicos sanitarios*. Alianza editorial. Madrid, 1995, pp. 36-40. MORELL OCAÑA, L.: «La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», en *Revista de Administración pública* 63, septiembre-diciembre de 1970, pp. 140-144.

¹⁰¹ MUÑOZ MACHADO: *La Sanidad...*, pp. 29-33. *La formación y...*, pp. 80-81. MORELL OCAÑA: «La evolución y...», pp. 144-146. ORTÍZ DÍAZ, J.: «Hacia una reordenación de la Sanidad pública española: el problema hospitalario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1966, pp. 153-160.

a los establecimientos benéficos sólo podían acudir aquellos que se encontraban en una situación de pobreza extrema, y que fuera de ellos no había otra acción pública que la dirigida a la conservación de la salud colectiva, y aún ésta ineficaz, ya que fue incapaz de dar una adecuada respuesta a los brotes epidémicos que asolaron nuestro país, no quedaba otro recurso a la mayor parte de los ciudadanos que acudir a una sanidad privada que estaba casi siempre fuera de su alcance.

Las soluciones a este problema vendrán de la mano del seguro de enfermedad ¹⁰², cuya implantación se retrasó notablemente en España. En realidad no se logró hasta 1942 ¹⁰³, un notable retraso que en opinión de López Piñero responde a la oposición del colectivo médico y los recelos que generaba entonces el asociacionismo obrero ¹⁰⁴.

De cualquier forma, lo que a nosotros nos interesa es indagar la existencia de servicios públicos sanitarios en nuestro Derecho decimonónico. Hay que tener en cuenta, para ello, el profundo retraso en el que nuestra organización sanitaria permanecerá sumida durante todo este período ¹⁰⁵.

Este desfase histórico se hace patente en el examen de nuestra legislación decimonónica, marcada por la continuidad. La innovación normativa más importante en la época la constituye la Ley de Sanidad de 1855 ¹⁰⁶, que no dará lugar a una modificación trascendental, sino que constituye más bien una ley de mera organización, que no altera en lo esencial la perspectiva anterior ¹⁰⁷.

¹⁰² MORELL OCAÑA: «*La evolución y...*», pp. 147 y 148. MUÑOZ MACHADO: *La formación y...*, pp. 80-83.

¹⁰³ Por Ley de 14 de diciembre de 1942. Recogida en *Diccionario de la Administración española de ALCUBILLA*. Apéndice de 1943, p. 3.

¹⁰⁴ LÓPEZ PIÑERO, J. M.: «*La colectivización de la asistencia médica: una introducción histórica*», en la obra colectiva *Planificación y reforma sanitaria*. CIS. Madrid, 1978, pp. 28-31.

¹⁰⁵ LÓPEZ PIÑERO, J. M.: Ha puesto de manifiesto el contraste de esta situación con el alto desarrollo de nuestra medicina en los últimos años de la Ilustración. Atribuyendo las causas de esta crisis al miedo al desarrollo científico y a la política aislacionista impuesta por Fernando VII tras la Guerra de Independencia. Esto impidió que los poderes públicos supieran dar soluciones a esta situación, produciéndose únicamente tímidas mejoras, más debidas a acciones individuales de los sujetos privados que a la intervención estatal. «*El saber médico en la sociedad española del siglo XIX*», en la obra colectiva *Medicina y sociedad en la España del siglo XIX*. Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964.

¹⁰⁶ *Ley de 28 de noviembre de 1855, sobre el servicio general de Sanidad*. Reproducida en el *Diccionario de la Administración española de ALCUBILLA*. Tomo XII. Madrid, 1870.

¹⁰⁷ La doctrina que se ha ocupado de este tema ha tratado de distinguir diversas etapas en la evolución de nuestra legislación sanitaria, pero remarcando siempre el carácter continuista de la misma. Así, GRANJEL, L., distingue tres etapas. La primera se extendería hasta 1847, período en el que perdura aún la política sanitaria del Antiguo Régimen. En la segunda, de 1847 a 1845, se imponen los fundamentos legales y administrativos de la nueva regulación del ejercicio profesional, y de la lucha comunitaria contra la enfermedad. Por último, a partir de esta fecha, se produce un mero despliegue y perfeccionamiento de la estructura creada en la anterior etapa. «*Legislación sanitaria del siglo XIX*», en *El ejercicio médico*. Universidad de Salamanca, 1974. Por su parte, Muñoz Machado distingue una primera etapa durante la primera mitad del siglo XIX, en que la Sanidad es competencia de órganos administrativos generales, una segunda, marcada por la especialización, y por último, una tercera en la que se tiende a fortalecer esa estructura especializada. *La Sanidad...*, pp. 57-59.

Siguiendo a Morell Ocaña podemos afirmar que la Sanidad pública de este siglo fue fundamentalmente preventiva y policial ¹⁰⁸. Así, la Constitución de las Cortes de Cádiz remitió a la competencia de los ayuntamientos la «policía de salubridad y comodidad» (art. 321.1), que implicaba «cuidar de la limpieza de las calles, mercados, plazas públicas y la de hospitales, cárceles y casas de caridad o beneficencia; velar sobre la calidad de los alimentos de toda clase; cuidar de que en cada pueblo haya cementerio convenientemente situado, cuidar asimismo de la desecación o bien de dar curso a las aguas estancadas o insalubres y, por último, de remover todo lo que en el pueblo o en los términos pueda alterar la salud pública o la de los ganados» ¹⁰⁹.

También se hace referencia en el artículo 321.6 del texto constitucional de 1812, al cuidado de los hospitales, que se engloban dentro de los establecimientos de Beneficencia ¹¹⁰. Ámbito, este último, en el que como hemos visto se puede observar con más claridad la existencia de servicios públicos sanitarios, pero siempre teniendo en cuenta que constituyen realmente prestaciones benéficas, por más que sean materialmente prestaciones sanitarias.

En la Ley de Sanidad de 1855 se habla ya de servicio general de Sanidad, estableciéndose una organización pública sanitaria que queda bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación (art. 1) ¹¹¹. Correspondiendo la dirección superior del servicio de sanidad en cada provincia a los Gobernadores civiles (art. 2), a lo que hay que añadir la creación de Juntas Provinciales de Sanidad en las capitales de provincia, y de Juntas Municipales en los municipios que excedieran de mil almas (art. 52). Se impone, además, el nombramiento en cada partido judicial de tres subdelegados de sanidad, «uno de medicina y cirugía, otro de farmacia y otro de veterinaria» (art. 60). Junto a esta estructura sanitaria general, se regulan también algunas ramas y aspectos específicos de la Sanidad ¹¹².

Sin embargo, como ya habíamos adelantado, esta ley no supone un cambio sustancial con la situación anterior. Se puede decir que la creación de servicios públicos sanitarios se circunscribe casi exclusivamente al ámbito de las prestaciones benéficas sanitarias y de la protección de la salud supraindividual.

¹⁰⁸ MORELL OCAÑA: «La evolución y...». Pp. 136-137.

¹⁰⁹ Artículo 1 de la *Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias, de 13 de junio de 1813*. Cito por MUÑOZ MACHADO: *La formación y...*, p. 17.

¹¹⁰ Concretamente habla de «hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de Beneficencia».

¹¹¹ En realidad esta configuración existía ya, en sus aspectos esenciales, a partir del *Real Decreto de 17 de marzo de 1847, suprimiendo la Junta Suprema de Sanidad del Reino, las actuales de provincia y municipales, y creando una Dirección y Consejo de Sanidad y nuevas Juntas subalternas*. Reproducida en *Colección Legislativa de España*. Primer cuatrimestre de 1847. Tomo 40, pp. 283 ss. Esta disposición crea ya la Dirección General de Sanidad, dependiente del Ministerio de la Gobernación.

¹¹² Así, los artículos 12 a 51 regulan el Servicio Sanitario Marítimo, los artículos 93 a 95 los facultativos forenses, los artículos 81 a 92 la actividad farmacéutica, los artículos 96 y 97 los baños y aguas minerales, el artículo 95 la higiene pública y los artículos 99-100 las vacunaciones.

Así, la ley garantiza la presencia en cada municipio de un médico, un cirujano y un farmacéutico titular. Llamando a las Juntas Provinciales de Sanidad a promover su creación (art. 64), de tal forma que en caso de que los municipios desatendieran la invitación de éstas, podrían las mismas proceder a su imposición. De tal modo que, si algún «pueblo, por su pobreza o escaso vecindario, no pueda por sí sólo contribuir con suficiente cuota para cubrir las asignaciones de los facultativos titulares, se asociara a los más inmediatos, acordando entre ellos la cantidad con que cada uno ha de contribuir para este objeto» (art. 66). Ahora bien, la labor de servicio público queda limitada a «la asistencia de las familias pobres, teniendo también los facultativos titulares el deber de auxiliar con sus consejos científicos a los municipios, en cuanto diga relación con la policía sanitaria» (art. 64). A lo que se añade el deber de estos facultativos titulares de no separarse del pueblo de su residencia en tiempo de epidemia o contagio (arts. 72 y 73), y que los «profesores que disfruten sueldo ó destino pagado por el presupuesto general, provincial ó municipal están obligados, si ejercen, á prestar sus servicios facultativos á la población en que residan cuando la autoridad lo exija» (art. 77). Fuera de ello, rige el libre ejercicio de la profesión médica (arts. 68 y 78), aunque sujeta a una regulación de policía (art. 80).

Queda, así, fijado el marco de la acción pública sanitaria, circunscrito en líneas generales a medidas de policía administrativa, a las que se añaden algunas medidas de fomento, como las que establecen los artículos 74 y 75 de la ley respecto a los facultativos, titulares o no, que destaquen por los servicios prestados al público en tiempo de epidemia o contagio. Quedando reducida la creación de servicios públicos a algunos supuestos muy limitados, pues, si bien la ley garantiza la presencia de facultativos titulares en cada población, su labor de servicio público queda limitada a las prestaciones asistenciales y a su colaboración con las autoridades públicas para la resolución de los problemas sanitarios supraindividuales, tanto en el ámbito preventivo, esto es, la policía sanitaria (art. 64) o curativo en supuestos excepcionales, esto es, en tiempo de epidemias o contagios (arts. 72, 73 y 77).

3. La educación

La educación, que había sido durante siglos una ocupación propia de la Iglesia, se verá sometida, como una consecuencia más de la afirmación del poder estatal, a una creciente intervención pública durante los siglos XVIII y XIX ¹¹³. Sin embargo, pese a que este proceso secularizador comienza ya con la expulsión de los jesuitas durante el reinado de Carlos III ¹¹⁴, la tensión entre

¹¹³ GÓMEZ-FERRER M.: «El régimen general de los centros privados de enseñanza», en *Revista de Administración Pública* 70, enero-abril de 1973, pp. 9 y 10. FRAGA IRIBARNE, M.: «La educación como servicio público», en *Revista de Estudios Políticos* 96, noviembre-diciembre de 1958, p. 8.

¹¹⁴ DE PUELLES BENÍTEZ, M.: *Educación e ideología en la España contemporánea*. Cuarta edición. Tecnos. Madrid, 1999, pp. 42-47. PESET, M.; y PESET, J. L.: *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*. Taurus. Madrid, 1974, pp. 30 y 94-116. VILLAR EZCURRA, J. L.: *Derecho Administrativo especial*, p. 276.

Iglesia y Estado por el dominio de la Educación persistirá largo tiempo, constituyendo una de las principales razones de la inestabilidad de nuestra legislación educativa.

Se puede afirmar que el desarrollo de nuestro Derecho de la Educación durante el siglo XIX es, sin ninguna duda, la mejor confirmación posible de la estrecha vinculación que existe entre política y educación. Cabe decir, por ello, que la convulsión política que agita nuestra historia decimonónica se refleja, como si de un espejo se tratase, en la regulación de la educación. Dando lugar, de esta forma, a una incesante sucesión de reformas y contrarreformas según recojan el testigo del poder político los partidarios de una u otra ideología. Esta tormentosa evolución encontrará calma únicamente al producirse un cierto apaciguamiento de nuestra vida política durante la etapa moderada, confirmándose esta equivalencia perfecta entre política y educación con la promulgación de la Ley Moyano ¹¹⁵, con la que se instaura una estructura educativa estable que se prolongará hasta bien entrado el siglo XX.

En el centro de esta vorágine estará siempre presente la cuestión religiosa, si bien con diferentes matices en cada momento. Al principio, ya lo hemos visto, la expulsión de la Iglesia de la actividad educativa constituye una afirmación del poder estatal frente al eclesiástico, con el paso del tiempo pasará a convertirse en un factor de enfrentamiento político entre liberales y conservadores. Aunque finalmente este conflicto acaba desembocando en posiciones más moderadas ¹¹⁶.

A los efectos de nuestro estudio nos interesa, tan sólo, el análisis de la educación en cuanto servicio público. En tal sentido hay que señalar que constituyó ya un importante punto de atención para los redactores de la Constitución de 1812, que consagraron el título IX de la misma a la regulación de la Instrucción Pública. En él aparece ya la clara voluntad de configurar la educación como un servicio público, ya que establece que en «todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras» (art. 366). «Asimismo se arreglará y creará el número competente de universidades y otros establecimientos de instrucción, que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes» (art. 367).

Resulta extraordinariamente revelador del espíritu que inspira la cristalización de los primeros servicios públicos durante el siglo XIX, la indagación del substrato ideológico que subyace a la conversión de la educación como tal.

Éste asoma ya en el propio texto constitucional de las Cortes de Cádiz. Para nuestros primeros constituyentes, como nos indica De Puelles Benítez, la

¹¹⁵ *Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857*, reproducida en la voz «Instrucción pública» del *Diccionario de la Administración española de ALCUBILLA*.

¹¹⁶ De hecho uno de los principales problemas que fue necesario salvar para la elaboración de una Ley de Educación de consenso, como lo fue la Ley Moyano, se derivaron de la necesidad de fijar la posición de la Iglesia respecto a la actividad educativa. Siendo la única cuestión controvertida en la aprobación en Cortes de la Ley de Bases que autorizaba al Gobierno a la elaboración del citado texto legal. DE PUELLES BENÍTEZ: *Educación e...*, p. 126. PESET, M.; y PESET, J. L.: *La Universidad...*, pp. 465-471.

«instrucción es concebida (...) no sólo como instrumento de reforma social o de prosperidad de la nación, sino también como elemento esencial de una pedagogía de la democracia»¹¹⁷. Ahora bien, debemos cuestionarnos de que sentido se dota a cada uno de estos tres elementos (instrumento de reforma social, de prosperidad de la nación y de pedagogía de la democracia), lo que nos llevará, en último término, a preguntarnos si alcanza más allá de un puro interés de clase.

A nuestro juicio se muestra ya en este momento la instrumentalización de la educación como un arma política. Y es que no deja de existir una cierta contradicción entre el solemne reconocimiento a los españoles de la «libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes» (art. 371), pues nada «contribuye más directamente a la ilustración y adelantamiento general de las naciones, y a la conservación de su independencia que la libertad de publicar todas las ideas y pensamientos que puedan ser útiles y beneficiosos a los súbditos de un Estado, la libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces, debe formar parte de la ley fundamental de la Monarquía, si los españoles desean ser libres y dichosos» (exposición de motivos); y la instauración de una enseñanza «general y uniforme, ya que generales y uniformes son la religión y las leyes de la Monarquía española. Para que el carácter sea nacional, para que el espíritu público pueda dirigirse al grande objeto de formar verdaderos españoles, hombres de bien y amantes de su patria, es preciso que no quede confiada la dirección de la enseñanza pública a manos mercenarias, a genios limitados imbuidos de ideas falsas o principios equivocados, que tal vez establecerían una funesta lucha de opiniones y doctrinas» (exposición de motivos).

El propósito de mediatizar la educación es claramente perceptible. Bien es cierto que, como señala De Puelles Benítez, no puede darse la misma valoración a liberales y absolutistas en el modo de tratar la educación¹¹⁸, pero si lo es que en uno y otro caso se acaba desembocando en un mismo resultado: utilización de la educación como medio de imposición de un determinado modelo político y social¹¹⁹.

Por lo demás, un examen de la Ley Moyano nos permite verificar que la educación se configura ya en este momento como un servicio público. Así, los artículos 100 a 104 fijan el número de escuelas públicas de primera enseñanza que deberán existir en cada localidad, dependiendo de su población; el artículo 105 establece la obligatoria creación de escuelas públicas de párvulos en «capitales de provincia y pueblos que lleguen a 10.000 almas», y el artículo 107 lo mismo respecto a lecciones de noche de domingo para los adultos cuya instrucción haya sido descuidada o quieran adelantar en su conocimiento,

¹¹⁷ DE PUELLES BENÍTEZ: *Educación e...*, p. 57.

¹¹⁸ DE PUELLES BENÍTEZ: *Educación e...*, p. 82.

¹¹⁹ PESET, M. y PESET, J. L.: *La Universidad...*, pp. 551-579. FRAGA IRIBARNE: «*La educación como...*», pp. 8 y 9.

así como «una clase de dibujo lineal y de adorno, con aplicación a las artes mecánicas» en los pueblos de la misma población.

Su financiación aparece regulada en los artículos 111, 112 y 113, haciéndose cargo de la misma el Estado, las provincias o municipios según el caso. Lo mismo respecto a la segunda enseñanza, para la que «habrá Institutos públicos que, por razón de la importancia de las poblaciones donde estuvieren establecidos» (art. 115). Teniendo cada provincia «un Instituto que comprenda todos los estudios generales de la segunda enseñanza y los de aplicación que el Gobierno estime conveniente establecer, oída la Junta Provincial de Instrucción pública». Todo ello financiado conforme a la regulación de los artículos 118 y 119. Por último, las «Universidades y Escuelas Superiores y Profesionales serán sostenidas por el Estado» (art. 126). Fijándose la existencia de «diez Universidades: una central, y nueve de distrito». Siendo, además, gratuita la primera enseñanza elemental para «los niños cuyos padres, tutores o encargados no puedan pagarla» (art. 9).

Ahora bien, este servicio público de educación es totalmente ajeno a un verdadero espíritu de reforma social. A la altura de 1954 Garrido Falla nos indicaba que la «historia de la enseñanza en los tiempos modernos es sencillamente la historia de su conversión en servicio público». Resaltando que en la actualidad la Administración no pretende sólo suplir la insuficiencia de la iniciativa privada, sino que responde también al intento de modificar la estructura social, «el Estado aspira a configurar la sociedad con arreglo a un patrón de justicia». La enseñanza es ya un vehículo al servicio de la búsqueda de la igualdad social ¹²⁰.

Se puede observar aquí ya la carga ideológica con que se impregna la noción de servicio público, de tal modo que hablar de él es hablar de igualdad y justicia social. Sin embargo, la educación es también en el siglo XIX un servicio público, pero lo es quedando totalmente al margen de esa impronta igualitaria. Basta con comparar la visión de la misma que hemos visto en Garrido Falla con la que nos da Colmeiro. Este último piensa en una educación que pueda «prevenir las grandes crisis sociales o darles solución conveniente inspirando a los ricos a la beneficencia y el sacrificio, a los pobres a la resignación y la esperanza, y a todos el amor a su semejante y el respeto a la propiedad». «Un sistema de educación general y adecuada a las leyes fundamentales de la nación, regenera el espíritu público, distingue la igualdad civil de la social, establece la jerarquía de las inteligencias y da por resultado la aptitud de cada ciudadano para la categoría a que la Constitución le llama». Pues, aunque la educación no es un privilegio de nacimiento o un favor de la fortuna, sino deuda sagrada de la sociedad que el Gobierno satisface con más empeño a las personas que por falta de riquezas no pueden proporcionar la conveniente enseñanza a sus pobres familias, no deben sacarse las cosas de su justo cauce, por lo que debe desecharse «el principio de la uniformidad absoluta que conduciría al

¹²⁰ GARRIDO FALLA, F.: «Intervención estatal y educación nacional», en *Revista de Educación* 26, diciembre de 1954, pp. 167-169. Un planteamiento similar en FRAGA IRIBARNE: «La educación como...», pp. 9 y 10.

exceso de capacidades, a la confluencia de ambiciones peligrosas y al trastorno del orden social». En definitiva, para este autor, la educación es un servicio público que no persigue la redistribución de la riqueza y la igualdad social, sino que más bien constituye «la garantía más eficaz del orden interior»¹²¹.

IV. LA RUPTURA DEL SISTEMA LIBERAL: LA MUNICIPALIZACIÓN

Hasta ahora hemos visto como durante el siglo XIX se configura un servicio público que opera al margen de una auténtica preocupación social. Esta situación comienza a quebrarse en el ámbito de los servicios municipales con la irrupción del movimiento municipalizador, que lleva ya inserta una clara impronta social¹²², si bien no es totalmente ajeno a la satisfacción de finalidades económicas, esto es, a la obtención de ingresos para la Hacienda Local, objetivo que parece debemos considerar tuvo un carácter secundario, siendo lo fundamental la satisfacción de un interés de la Comunidad¹²³.

Que este cambio se produjese precisamente en el ámbito local lo explica la doctrina por la mayor receptividad de la Administración Local, más próxima al ciudadano, respecto de los problemas sociales¹²⁴. Pese a ello la municipalización no arranca en un marco que pudiera considerarse favorable a la intervención administrativa, pues aunque los entes locales habían desarrollado históricamente una importante actividad económica¹²⁵, ésta experimenta un

¹²¹ COLMEIRO: *Derecho Administrativo*, pp. 482-489.

¹²² GUITIÁN, A. M.: *La municipalización de servicios públicos*. IEAL, 1950, pp. 33-41. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «*La actividad industrial y mercantil de los municipios*», en *Revista de Administración Pública* 17, mayo-agosto de 1995, pp. 88-90. Señala A. Posada que la municipalización responde a la «intensificación del sentimiento solidarista y al anhelo de *socializar* al máximo las condiciones generales de bienestar», en «*Municipalización de servicios*», recogido en *Escritos municipalistas y de la vida local*. IEAL. Madrid, 1979, p. 265. Muy expresiva del carácter social que subyace al fenómeno municipalizador resulta la intervención de G. DE AZCÁRATE mantenida en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «ventajas e inconvenientes de la ampliación de los servicios sociales a cargo de los municipios», reproducido en *Municipalismo y Regionalismo*. IEAL. Madrid, 1979, pp. 167-182.

¹²³ Así lo entiende POSADA, que señala que puede existir en la municipalización un propósito industrialista, «de obtener un rendimiento, un ingreso; pero no es esencial tal propósito», en «*Municipalización de...*», pp. 265-267. La misma opinión mantiene AZCÁRATE, según el cual «cuando se trata del suministro del agua, de la luz, de los tranvías, etc., por los municipios, el fin es prestar un servicio al vecindario, no procurar rendimientos a aquéllos», en *Municipalismo y...*, p. 181. Y en general, la doctrina se decanta por considerar que lo fundamental en la municipalización no es la obtención de un rendimiento económico, sino la mejor satisfacción del interés público. Así, DOMÍNGUEZ BERRUETA, F.: *Ideas y normas de Derecho Administrativo*. Salamanca, 1941, p. 120. MARQUÉS CARBÓ, L.: *El Derecho local español*. Barcelona, 1957, p. 752.

¹²⁴ GARCÍA ENTERRÍA: «*La actividad industrial y...*», p. 89.

¹²⁵ Lo que ha llevado a algún autor a señalar que la municipalización no es una novedad del siglo XIX, si no que ya se dio con anterioridad. RODRÍGUEZ GÓMEZ, J.: «*La municipalización de servicios en el municipio antiguo*», en *Revista de la Vida Local* 1953, pp. 59-72.

importante retroceso durante el siglo XIX¹²⁶, debido fundamentalmente a dos razones: la primera de ellas es el centralismo exagerado que se impone en nuestro Derecho administrativo durante este período¹²⁷, que ha llevado a afirmar a Santamaría Pastor que «la historia de la Administración española durante el siglo XIX es la de un proceso de succión lenta e implacable de las competencias municipales por parte de la Administración Central»¹²⁸, y que constituye una exigencia más de la creación del nuevo Estado liberal y la liquidación de los residuos persistentes del Antiguo Régimen¹²⁹; la segunda, el dogma liberal de la incapacidad de la Administración para el desarrollo de actividades económicas¹³⁰.

A pesar de estos impedimentos, durante el último tercio del siglo XIX la municipalización se impone como consecuencia de la aparición de grandes núcleos urbanos¹³¹, lo que constituye a su vez una exigencia más del nuevo capitalismo industrial¹³², trayendo consigo la necesidad inaplazable de incre-

¹²⁶ Aunque, como señala L. JORDANA DE POZAS, jamás «llegó a aplicarse en el municipio la doctrina liberal del *laissez faire, laisser passer*, con la misma intensidad con que se aplicó en el orden nacional. Es que el municipio, por su propia naturaleza, tiene un carácter tan predominante de comunidad económica, que no se concibe que pueda, ni siquiera en teoría, reducirse a la emanación de normas y vigilancia de su cumplimiento por los particulares». «*Algunas consideraciones sobre los servicios municipales de carácter económico*», en *Revista de la Vida Local* 1943, p. 334.

¹²⁷ VILLAR EZCURRA: *Derecho Administrativo especial*, pp. 416-419. Esta evolución arranca ya según la autorizada opinión de A. Posada de la Constitución de 1812, en la que se produce ya «el engrane, nada disimulado, de todas las instituciones locales en una jerarquía mecánica, según un sistema de *subordinación*, que contiene el germen de la futura estructura administrativa centralizada», en *Evolución legislativa del Régimen local en España 1812-1909*. IEAL. Madrid, 1982, p. 107.

¹²⁸ SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de...*, p. 147.

¹²⁹ TUSELL GÓMEZ, J.: *La reforma de la Administración Local en España (1900-1936)*. En colaboración con D. Chacón Ortiz. INAP. Madrid, 1987, pp. 29 y 30. MARTÍN-RETORTILLO, S.: «*Presupuestos políticos del régimen local*», en *Revista de Administración Pública* 43, enero-abril de 1964, pp. 9-23. CAJAL VALERO, A.: *El Gobernador Civil y el Estado centralizado del siglo XIX*. MAP. Madrid, 1999, pp. 26 y 27. DEL MORAL RUIZ, J.: *Hacienda Central y Haciendas Locales*. IEAL. Madrid, 1984, pp. 9-11. Que señala que la «estrecha dependencia del Estado por parte de las Corporaciones Locales durante el siglo XIX no era más que la consecuencia de la aplicación de aquella máxima política liberal que sostenía que quienes estuvieran firmemente asentados en el poder local podían dominar el aparato del Estado. Esto es, ejercer el poder real, que resultaba condición precisa para cambiar los presupuestos sociales y económicos del Antiguo Régimen».

¹³⁰ VILLAR EZCURRA: *Derecho Administrativo especial*, p. 417. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «*Evolución y problemas actuales del servicio público del gas*», en *Tratado de Derecho municipal II*. Dirigido por S. Muñoz Machado. Civitas. Madrid, 1988, p. 1496. RIVERO YSERN, J. L.: *Manual de Derecho local*. Tercera edición. Civitas, 1997, p. 330. GARCÍA DE ENTERRÍA: «*La actividad industrial y...*», pp. 92 y 93.

¹³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA: «*La actividad industrial y...*», pp. 90 y 91. Señala J. A. García de la Coca que las «municipalizaciones (...) tienen su germen en la revolución industrial, es decir, (...) en la influencia e impulso sobre la vida urbana, el crecimiento demográfico, los problemas urbanísticos, de hacinamiento y la consiguiente preocupación higienista derivada de estas situaciones», en *Liberalización de la actividad funeraria*. Universidad de Valladolid. Valladolid, 1998, pp. 34 y 35.

¹³² Señala R. Cameron que históricamente, «la principal limitación en el crecimiento de las ciudades ha sido económica —la imposibilidad de abastecer de los productos básicos a las grandes

mentar y mejorar la prestación de servicios municipales, sobre todo para impedir que se desbordase la creciente presión social que generaban las penosas condiciones de vida a las que estaban sujetas las clases bajas en las ciudades ¹³³.

En nuestro país no se reconocerá, sin embargo, con carácter general la posibilidad de municipalizar hasta 1924, concretamente con el Estatuto Municipal de 8 de marzo ¹³⁴, que declara en su artículo 150.6 la competencia exclusiva de los Ayuntamientos para la municipalización de servicios, estableciendo una regulación de la misma, contenida en los artículos 169 a 179, según la cual los «Ayuntamientos podrán administrar y explotar directamente los servicios municipales obligatorios, y podrán también, (...) municipalizar los que no tengan este carácter» (art. 160), y que exigía para llevar a cabo esa municipalización los requisitos siguientes:

- a) Que tenga carácter general.
- b) Que sea de primera necesidad.
- c) Que pueda prestarse predominantemente dentro del término municipal.
- d) Que redunde en beneficio directo o indirecto de una parte considerable de los habitantes del municipio» (art. 160).

poblaciones urbanas—. Con las mejoras tecnológicas de la industria moderna, no sólo se redujeron estas limitaciones, sino que en algunos casos consideraciones económicas llegarán a exigir el crecimiento de las ciudades. En las sociedades preindustriales la mayoría de la población —incluyendo a la no agrícola— vivía en zonas rurales. Resultaba más barato llevar los productos acabados de la industria, como los tejidos y el hierro, a mercados lejanos, que transportar alimentos y materias primas a las concentraciones de trabajadores. La introducción de la energía de vapor y el sistema fabril, el paso del carbón vegetal al coque como combustible para la industria del hierro y las mejoras en el transporte y las comunicaciones cambiaron la situación. El crecimiento del sistema fabril requería la concentración geográfica de mano de obra». *Historia económica mundial*. Traducción de M. Bengoechea, C. Gallego y N. Manso de Zúñiga. Alianza. Madrid. Segunda edición, 1993, pp. 231 y 232. También han señalado que la revolución industrial lleva al crecimiento de los núcleos urbanos CLOUGH; y RAPP: *Historia económica de...*, pp. 421 y 422.

¹³³ Se ha puesto de manifiesto que la revolución industrial «trajo aparejado un notable crecimiento urbano, origen a su vez de un crecimiento rápido y de una notable diversificación en la demanda de servicios colectivos», de tal modo que el «proceso de urbanización originó una intensa presión social para que, precisamente, las Administraciones Locales asumieran la gestión de dichos servicios y garantizaran la atención a las nuevas necesidades». NUÑEZ ROMERO-BALMAS, G.: «*Servicios urbanos colectivos en España durante la segunda industrialización: entre la empresa privada y la gestión pública*», en la obra colectiva *La empresa en la historia de España*, edición a cargo de F. Comín y P. Martín Aceña. Civitas. Madrid, 1996, p. 399. Prueba de lo dicho nos dan estas palabras de DE AZCÁRETE: «Sería peligroso en España dar con carácter general facultades a los municipios en el sentido de aumentar los servicios que corren a su cargo, y de ahí la necesidad de que la ley distinga entre municipios rurales y urbanos, de población aglomerada y dispersa, grandes y pequeños, para, según se trate de unos o de otros, ampliar más o menos esas atribuciones. Y, en determinados casos, el hacerlo sería como una especie de válvula de seguridad con relación a los problemas sociales planteados al presente», en *Municipalismo y...*, p. 171.

¹³⁴ *Estatuto Municipal, aprobado por Real Decreto-ley de 8 de marzo de 1924*, reproducido en el volumen 2.º de *Colección Legislativa de España 1924*.

Sin embargo, ya durante la vigencia de la normativa anterior, que ni permitía ni prohibía llevarla a cabo ¹³⁵, se había producido una cierta actividad municipalizadora ¹³⁶.

En cualquier caso, con el desarrollo de este proceso comienzan a resquebrajarse en el ámbito de las prestaciones públicas los principios que había impuesto el pensamiento liberal, y se comienza a abrir paso la idea de servicio público tal y como la conocemos hoy.

V. CONCLUSIONES

1. Hasta principios del siglo XX no hay una teoría en sentido estricto del servicio público, término que en ese momento carece de un significado jurídico preciso. Pero, sin embargo, existen ya determinados sectores que se configuran como tales. Estos sectores no pueden ser considerados como un conjunto de publicaciones aisladas, sino que se insertan dentro de una concepción teórica coherente y bien elaborada, que responde a los intereses y concepciones vigentes en la sociedad del momento.

2. Esa ideología que informa la configuración de determinados ámbitos de actividad como lo que hoy llamaríamos servicios públicos es la propia del Estado liberal, que requiere la creación de dos tipos de servicios públicos: *a)* servicios económicos, en cuanto éstos son imprescindibles para la creación de la sociedad industrial y comercial que se pretende construir, y no podían ponerse en marcha por la simple acción de la iniciativa privada, pues nadie estaría interesado en prestarlos; *b)* servicios sociales, cuya creación no responde a una preocupación social, sino a intereses ajenos a todo carácter redistribuidor (mantenimiento del orden público, adoctrinamiento político).

3. La transformación de este modelo hasta un servicio público de carácter social, como lo entendemos hoy, comienza a asomar con el desarrollo del proceso municipalizador, y no logrará una auténtica plasmación hasta principios del siglo XX.

MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA

¹³⁵ MARQUÉS CARBÓ: *El Derecho local...*, p. 749. POSADA: *Municipalización de...*, pp. 274 y 275, que considera, sin embargo, que en el artículo 72 de la Ley de 1877 «se encuentra el germen de la municipalización de los servicios».

¹³⁶ Así, podemos encontrar con anterioridad al Estatuto ejemplos de municipalizaciones singulares, como el Real Decreto de 28 de marzo de 1905, que permite al Ayuntamiento de Madrid la municipalización de un servicio de panificación; o el Real Decreto de 30 de marzo de 1905, que permite municipalizar el servicio de mercados. Ambos se encuentran reproducido en el volumen primero de *Colección Legislativa de España 1905*.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO PLANAS, Javier (coordinador) *Los Fueros de Sepúlveda. I Symposium de estudios históricos de Sepúlveda*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2005, 384 páginas.

Esta publicación son las actas del *I Symposium de Estudios Históricos de Sepúlveda «Los Fueros de Sepúlveda: Historia y Tradición»*, que tuvo lugar durante la segunda semana de octubre de 2004, dirigido por el catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones Dr. D. Javier Alvarado Planas. La edición de las actas conmemora el DCC aniversario de la confirmación de los Fueros por Fernando IV, la concesión del Fuero extenso romanceado de 1305.

Esta obra nos pone en contacto con el «hombre de frontera» de la Castilla medieval y una de sus creaciones más revolucionarias: los Fueros de Sepúlveda. Esta villa se convirtió en capital y cuna de un derecho privilegiado que se extendería por el sur del Duero. Un derecho de gran trascendencia para comprender el fenómeno repoblador en el tránsito de la Alta a la Baja Edad Media. Como el propio Alvarado nos recuerda, «Sepúlveda personificó, así, al hombre de frontera, aguerrido, recio, austero y, sobre todo, libre. Durante décadas, esos llamados buenos fueros de Sepúlveda o *iura optima* contribuyeron a forjar la mentalidad castellana».

Menéndez Pidal de Navascués defendió la ponencia «Emblemática medieval castellana», mostrando «el brillantísimo esplendor emblemático alcanzado en la Castilla del siglo XIII»; sin embargo, para comprender este importante fenómeno, se remonta al siglo XI. El empleo del nombre único es sustituido por una denominación doble. Los sellos también cambian en esta época al validar los documentos. Comienza la «implantación de un sistema emblemático de singulares características, más tarde llamado heráldico, que habría de alcanzar una extraordinaria difusión en la Europa occidental cristiana a partir del tercio central del siglo XII». Este sistema emblemático nace para expresar una identidad personal, para adscribirse a la jurisdicción señorial y al linaje. Los emblemas recogen la personalidad social de aquél a quien representan y comienzan a hacerse hereditarios. Es un fenómeno de alcance europeo, como bien deja claro Menéndez Pidal de Navascués, para centrarse después en el caso castellano.

El profesor Gamba Gutiérrez en su ponencia «Alfonso VI y la repoblación de Sepúlveda» destaca la importancia del Fuero Breve o Latino de Sepúlveda otorgado por Alfonso VI en 1076, tras los intentos fallidos de una primera reconquista y repoblación. Hay que resaltar el análisis diplomático y transcripción de las dos redacciones del Fuero de Sepúlveda que se conservan del siglo XII.

En los últimos años, el profesor Alvarado Planas plantea una revisión del estudio de los fueros volviendo a la teoría de Martínez Marina, como lo ha expuesto en diferentes trabajos¹. El Fuero actuaba como un derecho especial o privilegiado que descansaba sobre un derecho subsidiario, general o territorial o común preexistente. En esta ocasión su ponencia lleva por título «El Fuero Latino de Sepúlveda de 1076». Analiza la importancia de la «caballería villana», enlaza la elaboración del derecho privilegiado de frontera con el período condal y el Fuero de Sepúlveda, que inspirará el de Uclés y el de Cuenca. Describe con gran erudición y de forma detallada el contenido de los privilegios del Fuero de 1076 y la posterior expansión del Derecho de Sepúlveda.

Ruiz de la Peña Solar, autor de «Reconquista, Repoblación y sociedad en la frontera castellano-leonesa (1085-1212)» reseña, una vez más, como «los conceptos de repoblación y frontera son el verdadero eje vertebrador y definidor de Medioevo peninsular como experiencia histórica sin paralelo en Europa». Su ponencia abarca desde la conquista de Toledo hasta la batalla de las Navas de Tolosa, que corresponde a las repoblaciones de las tierras de la Extremadura y la Transierra, caracterizado por el desarrollo urbano que Lacarra definió como «ciudades-frontera». Estas ciudades-fortalezas también se caracterizaron por «el disfrute de un derecho urbano especialmente privilegiado, igualitario y de libertades compartidas por todos los miembros de la comunidad local». Otro aspecto a destacar es que «las ciudades fronterizas van a ser el instrumento que la realeza utiliza como elemento de control de unos vastos espacios o distritos rurales...sobre los que los respectivos concejos urbanos...ejercerán una función de organización del poblamiento y, en definitiva, de explotación económica de sus territorios que les convierten en verdaderos titulares de un poder señorial –un señorío concejil colectivo– muy fuerte». Sin embargo, no debe engañarnos ese aparente igualitarismo social; en esas ciudades comienzan a adquirir prestigio social los combatientes urbanos, los *caballeros pardos*.

La ponencia del profesor González Díez, titulada «Castilla, Sepúlveda y el Derecho de Frontera», comienza con una síntesis general de los espacios jurídicos para centrarse en las relaciones jurídicas del llamado derecho de frontera a través del texto sepulvedano. Define el término Extremadura y cómo comienzan a formarse los concejos de Villa y Tierra, al tiempo que se desarrolla un derecho de frontera. Centrándose en el caso de Sepúlveda distingue la villa, el espacio jurisdiccional propio (la Tierra de Sepúlveda) y «el amanecer de un peculiar grupo social», los caballeros villanos. Finalmente analiza el proceso que lleva del Fuero Breve al Fuero de 1305.

El profesor Bermúdez Aznar, por su parte, estudia la organización del concejo según el Fuero Extenso («La organización del concejo de Sepúlveda según el Fuero de 1305»). Analiza los elementos constitutivos de un concejo (la actividad real, centrada en la concesión del fuero y el espacio donde se aplica con determinadas reservas –algunos aspectos del gobierno local, la administración de justicia y el ámbito fiscal–; la población y la dotación material, donde incluye las propiedades del concejo como la concesión de ferias y mercados) para centrarse en la personalidad y la capacidad jurídica del concejo de Sepúlveda (sus atributos identificativos, su propio fuero; su capa-

¹ «Lobos enemigos y excomulgados: la venganza de la sangre en el derecho medieval», en BARÓ PAZOS, J., y SERNA VALLEJO, M. (ed.) *El Fuero de Laredo en el octavo centenario de su concesión*. Universidad de Cantabria, Santander, 2001. pp. 335-365; ALVARADO PLANAS, J., y OLIVA MANSO, G., *Los Fueros de Castilla*. Madrid, 2004.

cidad jurídica y su capacidad gestora, las competencias y la actividad de cada uno de los oficiales que son citados en el Fuero).

De los aspectos penales del Fuero se ocupa el profesor Sainz Guerra en su ponencia «El Derecho penal del Fuero Extenso de Sepúlveda». Para este profesor los preceptos penales del Fuero Extenso proceden del Fuero Breve y del Fuero de Cuenca. Destaca los rasgos altomedievales. Resalta la ausencia de un concepto de crimen o delito. No se puede obviar la ausencia del elemento subjetivo y el hecho de que la responsabilidad del delito corresponde exclusivamente a su autor. Sainz Guerra analiza los agravantes, las eximentes y los atenuantes. Dedicar un título a los delitos tipificados en el Fuero. Destaca que el Fuero no contempla ni la tentativa ni la frustración, lo importante es el resultado. Otro título está dedicado al estudio de las penas del Fuero que clasifica en «corporales o afflictivas, es decir, que afectan a la vida o a la libertad del individuo, las infamantes, que afectan a su honor, y las pecuniarias, que tienen relación con su patrimonio». En su opinión, «el Fuero, es por tanto, un verdadero residuo del derecho antiguo y constituye una muestra de la decadencia de una parte del derecho castellano», siguiendo el fuero de Cuenca de forma selectiva.

Si bien Sainz Guerra hace una breve referencia al procedimiento del Fuero Extenso («se trata de un nuevo procedimiento judicial impregnado por elementos religiosos que, aunque propios de la época, han resultado moderados por el paso del tiempo»), este tema es desarrollado por la profesora Ramos Vázquez en su ponencia «Aspectos procesales en el Fuero latino de Sepúlveda», donde se hace eco de la teoría del profesor Alvarado sobre la especialidad del derecho foral y la subsidiaridad del *Liber*, lo que en su opinión explica el carácter sesgado de los primeros fueros municipales. En el Fuero no se distingue el procedimiento civil y el penal. Sólo existe un único proceso ordinario que se describe de una forma muy parcial con prácticas privatizadas, que no se podían realizar al margen de la autoridad pública. La profesora Ramos hace un análisis pormenorizado del procedimiento en el Fuero de Sepúlveda.

Por su parte, el profesor Cano Valero presta atención a la caballería de sierra [su ponencia lleva por título: «El origen de la caballería de sierra y su función de guarda y vigilancia del término concejil (siglos x al xiii)»]. Dedicar su interés al origen y desarrollo de la caballería de servicio villana y a su regulación foral (Castrogeriz, Sepúlveda), para centrarse en el caso de Sepúlveda. Posteriormente, analiza la gestación de la caballería de sierra de dicha villa junto con las funciones de «vigilar, prender, prender y denunciar».

Antoranz Onrubia en su ponencia («Algunos aspectos de vida cotidiana en los fueros de Sepúlveda»), utilizando como fuente los Fueros, nos ofrece una visión de la vida cotidiana en una villa durante la Edad Media, en este caso Sepúlveda, con otra utilización como fuente historiográfica de los Fueros. Suárez Bilbao, por su parte, estudia la vida de los judíos en Sepúlveda tras 1391 hasta su expulsión en un interesante estudio («Minorías religiosas en Castilla: judíos y musulmanes de Sepúlveda»). González Cristóbal se ocupa de la situación en Sepúlveda desde fines del siglo xiv a finales del siglo xv («Las alteraciones de Sepúlveda bajo los Trastámaras»). Linaje Conde da muestras de su gran erudición en una ponencia no falta de lirismo («Sepúlveda en la Historia»). Bernal Sanz se ocupa del importante patrimonio de la villa y plantea un gran proyecto: declarar «Patrimonio de la Humanidad a la Villa y Tierra de Sepúlveda, sus monumentos y sus Fueros».

***El Fuero de Jaca*. 2 vols. 1: Edición crítica, por M. Molho. 1964, facsímil; 2: Estudios, por M. L. ARNAL PURROY, A. M. BARRERO GARCÍA, V. BIELZA DE ORY, J. DELGADO ECHEVERRÍA, M. C. GARCÍA HERRERO, M. A. MARTÍN ZORRAQUINO, M. MOLHO, F. MONGE CASAO, A. SESMA MUÑOZ. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2003.**

La historia de la edición crítica del *Fuero de Jaca*, primer volumen de la colección *Fuentes para la historia del Pirineo* dirigido por José María Lacarra (Zaragoza: CSIC, Instituto de Estudios Pirenaicos, 1964), está íntimamente ligada a Pamplona. Escrita diez años atrás por Mauricio Molho, vio la luz gracias al director de esta colección y Catedrático de Historia Medieval de la Universidad de Zaragoza, quien encomendó la revisión del original y la supervisión de la maquetación a su discípulo Ángel J. Martín Duque, Catedrático de Historia Medieval de la Universidad de Navarra. Esta es la razón por la que posee Depósito Legal de Navarra, correspondiente al año 1963, y aparece impresa en los talleres de la Editorial Gómez. José María Lacarra inauguraba con esta publicación un ambicioso proyecto con el que pretendía publicar las fuentes históricas pirenaicas y que, en el apartado de los fueros locales, él mismo dio continuidad editando, junto con Ángel J. Martín Duque, los *hijuelos* jaqueses de Estella-San Sebastián (1969) y de Pamplona (1975), en estos casos a través de la Institución Príncipe de Viana de la Diputación Foral de Navarra.

En esta ocasión, El Justicia de Aragón, Defensor del Pueblo de aquella Comunidad Autónoma, ha tenido el acierto de reeditar en facsímil *El Fuero de Jaca* de Mauricio Molho. Esta reedición se enmarca en una destacada política editorial que está contribuyendo de manera sobresaliente a la difusión de los estudios del derecho histórico aragonés. Criterios de edición (tamaño del libro) han obligado a realizar un facsímil peculiar. Las 663 páginas y cubiertas de la edición de 1964 del libro de Molho se reproducen en su tamaño original, en un libro de dimensiones mayores. El contorno del libro original aparece remarcado por finas líneas grises, a cuyos pies se consignan la nueva paginación y la indicación de tratarse de una edición facsímil. El resultado técnico es exquisito, pues se reproducen incluso las solapas de la edición original. Sin embargo, no deja de resultar extraña la inclusión de una nueva paginación, que aunque no anula la del original, puede sembrar equívoco. La nueva paginación parece justificarse únicamente para la numeración de las cubiertas, solapas y portada de la edición original, algo que en la práctica no reporta mayor utilidad. Incluso, aunque esta edición hubiera contado con una introducción –que no es el caso–, hubiera sido lógico paginarla con números romanos, solución que podría haberse dado en las reproducciones de cubierta, solapas y portada. Parece por lo tanto que nos hallamos ante una solución imaginativa que busca adecuar la caja del original a la de la colección editorial de El Justicia de Aragón.

Esta reedición ha venido acompañada de un segundo volumen dedicado a diferentes estudios elaborados para la ocasión en torno al Fuero de Jaca. Ésta es, realmente, la novedad fundamental objeto de esta reseña. Abre el libro una semblanza de Mauricio Molho a cargo de Félix Monge Casao, Catedrático de Lingüística General de la Universidad de Zaragoza, ahora jubilado. Gran conocedor de la figura y obra del descendiente de sefardíes nacido en Constantinopla en 1922, nos adentra en la trayectoria académica e intelectual de su amigo filólogo e historiador. Se trata –que sepamos–, del trabajo más completo para conocer la figura de Molho, si bien se echa en falta una relación bibliográfica final de todos sus trabajos, mayores y menores –estos últimos brillan

por su ausencia en la biografía–, que hubiera resultado de gran utilidad para el investigador.

Sigue a este trabajo la reproducción facsímil de otro estudio clásico de Mauricio Molho, en este caso su extenso artículo dedicado a la «Difusión del Derecho Pirenaico (Fuero de Jaca) en el reino de Aragón», publicado en el *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona* (núm. XXVIII, 1959-1960, pp. 265-352), y convertido en un auténtico clásico en la historiografía.

El presente proyecto editorial de El Justicia de Aragón podía haberse circunscrito a los dos facsímiles de Molho y la semblanza introductoria de Monge Casao. Pero la voluntad del *Ombudsman* aragonés ha ido más allá, teniendo el acierto de incluir interesantes estudios de gran calado intelectual. Descuella por su importancia el primero de ellos, correspondiente a la única investigadora de no vinculada al mundo aragonés, Ana María Barrero García. Esta autora está, en los últimos años, derrumbando fechas de los fueros y los correspondientes *mitos fundacionales* de sus vidas aforadas. Podríamos aconsejar a los poderes públicos –y permítasenos esta licencia sarcástica– no invitar a la investigadora madrileña a aniversarios que, con sus tesis, vacía de contenido el evento y desautoriza, de facto, los discursos institucionales elaborados para la ocasión. No es este el caso, pero podría serlo, pues la presentación de El Justicia no refleja lo que, sin duda, es la aportación más importante de la obra. La iushistoriadora del CSIC –institución que, recordemos, fue la sede de la edición original de Molho y donde se gestó la tradición de la obra de Lacarra–, realiza una profunda revisión de las distintas redacciones del Fuero de Jaca sobre la base de la edición crítica de Molho, llegando en algunos aspectos a unas conclusiones diametralmente alejadas de aquél. Tambalea, por tanto, toda la historiografía que hasta el momento ha venido repitiendo las tesis de Molho y del tándem Lacarra-Martín Duque. Con una metodología brillante que sirve de modelo para abordar cualquier fuero local, analiza la técnica seguida en las reelaboraciones del Fuero de Jaca. Evidencia la alteración de los posibles documentos originarios fruto de una actuación unitaria manifestada en diferentes instrumentos relacionados con el derecho de la villa jaquesa y estrechamente vinculados a la persona real. A través de la crítica documental, esta autora ha observado el procedimiento de reelaboración de los documentos forales a partir de la refundición de recensiones normativas de origen y naturaleza diversa, y su adecuación a una estructura formal adoptada de unos instrumentos básicos, en un proceso que pudo llevar a efecto en la segunda década del siglo XIII.

Hasta el trabajo de Ana Barrero se ha venido afirmando que el fuero estellés derivaba del de Jaca, concedido por el propio Sancho Ramírez como Rey de Aragón hacia 1077, según cronología apuntada por Ubieto. La crítica de los documentos forales de la familia jacetana ha llevado a esta investigadora a reconstruir el proceso de formación de estos fueros de la siguiente manera: Sancho Ramírez dio carta de naturaleza mediante su expreso reconocimiento a los nuevos asentamientos de población de sus dominios, a los que privilegió con la concesión de un estatuto favorable que favorecía su crecimiento. En el Camino de Santiago impulsó la creación y/o desarrollo de las villas de Sangüesa, Estella y Jaca. Sus fueros, aunque con pequeñas diferencias, contenían unas mismas normas dirigidas a establecer las condiciones del asentamiento. Mediante el análisis del contenido de estos fueros, Barrero ha observado que su concesión no se produjo de forma simultánea, sino sucesiva. Primero se habría concedido a Sangüesa, posteriormente a Estella, y finalmente a Jaca, ciudad donde se desarrolló la iniciativa regia con mayor intensidad, y donde la creación normativa se vio reflejada en una

redacción del texto. En suma, un trabajo para leer despacio, tomar buena nota y reformular toda la historiografía tradicional.

El trabajo que Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, realiza en torno a las tablas de concordancias de los Fueros de Jaca y Aragón es, como lo afirma el propio autor, algo que para el primer caso ya tenía preparado el propio Molho, aunque nunca llegó a publicarlo. Preceden a las tablas una serie de consideraciones sobre las diferentes redacciones de los fueros navarro-aragoneses, recogiendo las diferentes teorías sobre el particular que, en los últimos años, han venido elaborando autores como Juan Francisco Utrilla o Jesús Morales Arrizabalaga. Las tablas las elabora en columnas, que siguen los siguientes textos: *Compilación de Huesca de 1247* (Martínez Díez, 1977), *Fueros de Aragón* (Tilander, 1937), *Fuero de Jaca* (Molho, 1964), *Fueros de Aragón* (Ramos Loscertales, 1925), *Fueros de Borja y Zaragoza* (Morales Gómez y Pedraza García, 1986), *Compilación Privada de Derecho Aragonés y Recopilación de los Fueros de Aragón* (Ramos Loscertales, 1924 y 1928), y el manuscrito de París que contiene enmiendas y adiciones al fuero jaqués (Molho, 1964). Las conclusiones, reducidas a cuatro breves párrafos, podrían alejarse del cripticismo sintético de unas concordancias determinadas para extraer, como de hecho se puede hacer, interesantes reflexiones. Las tablas, elaboradas con meticulosidad, resultan de una utilidad evidente para ulteriores investigaciones.

El Catedrático de Historia Medieval de la Universidad de Zaragoza, José Ángel Sesma Muñoz, ofrece una visión actualizada en torno a «Aragón, los aragoneses y el Fuero de Jaca». Se trata de un estudio magnífico para conocer el nacimiento y consolidación de la vida urbana en el reino aragonés, entre el siglo XI y XIII, si bien, desde el punto de vista de la Historia del Derecho, algunas de sus afirmaciones entran en colisión con las mencionadas tesis de Ana Barrero, que no las tiene en cuenta, quizás por desconocimiento previo.

María Carmen García Herrero, Profesora Titular de Historia Medieval de la Universidad de Zaragoza, nos acerca al «Universo de las relaciones familiares en el Fuero de Jaca», un trabajo muy interesante para el conocimiento del derecho civil histórico aragonés y que contribuye a poner su granito de arena en el conocimiento de esta parcela de nuestra disciplina, por lo general relegada a un plano secundario por el Derecho público. Aunque el trabajo es sustancialmente correcto, se percibe la formación no jurídica de la autora, razón por la que, probablemente, no incluye trabajos de Derecho privado histórico fundamentales que, de haberlos conocido, hubieran alumbrado interesantes conclusiones y nuevas sugerencias a esta historiadora.

La revisión iushistórica anteriormente citada de Ana Barrero es nuevamente ignorada por Vicente Bielza de Ory, Catedrático de Geografía Humana de la Universidad de Zaragoza, quien, por otra parte, realiza un delicioso análisis de las villas aforadas y su urbanismo ortogonal. Su trabajo aporta ideas novedosas para la comprensión del urbanismo medieval. Es, por otra parte, muy de alabar el manejo que, sin ser él medievalista, hace de la bibliografía básica y especializada sobre el tema; aunque también se echan en falta algunos títulos que en los últimos años han venido a clarificar muchas de las cuestiones planteadas en el texto.

Cierra el libro una «Introducción al estudio lingüístico del Fuero de Jaca», obra de María Antonia Martín Zorraquina, Catedrática de Lengua Española, y María Luisa Arnal Purroy, Titular de Lengua Española, ambas de la Universidad de Zaragoza.

Nos hallamos ante dos volúmenes básicos para los historiadores del Derecho. La trascendencia histórica del denominado Fuero de Jaca ha hecho que este texto foral haya sido tratado de manera más o menos profunda por la historiografía española. Como he indicado, el trabajo de Ana María Barrero obliga a revisar todas las afirmacio-

nes basadas en lecturas directas o indirectas de la obra clásica de Molho. Ello no resta un ápice su importancia ni es merma de su calidad científica, por lo que no deja de ser pertinente la reproducción facsímil de la edición crítica y del artículo sobre la difusión del Fuero en Aragón. Molho se convierte así en justo merecedor de este homenaje intelectual. En suma, tradición y renovación, consagración de un clásico y ruptura de esquemas y apertura de puertas para una revisión historiográfica.

ROLDÁN JIMENO ARANGUREN

AZCÁRATE, Gumersindo de: *Minuta de un testamento (Ideario del krausismo liberal)*, Granada, 2004, 139 pp.

Dentro de la colección titulada «Crítica del Derecho» dirigida por el catedrático de la Universidad de Granada, José Luis Monereo Pérez, presenta la prestigiosa editorial Comares este volumen que hace el número 55 y que aparece dedicado a uno de los trabajos de Gumersindo de Azcárate Menéndez (1840-1917), uno de los grandes juristas españoles a caballo entre las dos pasadas centurias, que ocupó la cátedra de Legislación comparada del doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central y a quien se debe un inteligente *Estudio sobre la Historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa* que se publicó en 1879.

El libro cuenta con un «Estudio Preliminar» de Elías Díaz, profundo conocedor del krausismo español, que ya en 1967, había sido publicado por la catalana Ediciones de Cultura Popular y que ahora se ha reproducido en su integridad, no desconociendo el A. la existencia de novedades en las investigaciones acerca de la influencia del pensamiento krausista en diversos países, como no podía ser de otra forma después del transcurso de treinta y siete años, por lo que en la edición de 2004 remite a bibliografía posterior a la que tuvo en cuenta en 1967 sobre la materia, lo que le hace incluir diversos libros y algún que otro artículo suyos. En dicho análisis introductorio, Díaz trata de poner al lector en disposición espiritual e intelectual, de alcanzar el profundo significado que en su opinión encierra el trabajo de Azcárate que constituye el grueso del volumen, y estructurado en tres partes, destina la primera a la exposición sucinta de los elementos descriptores del krausismo español haciendo especial hincapié en su innegable vinculación con la mentalidad liberal de ciertos sectores de nuestra burguesía decimonónica frente a los grupos más tradicionalistas e inmovilistas, destacando como nombres más representativos de esta corriente de pensamiento a las figuras de Julián Sanz del Río (1814-1869), introductor de Krause en España y de Francisco Giner de los Ríos (1839-1915), al tiempo que señala como discípulos del primero, entre otros, al mismo Giner, a Nicolás Salmerón, a Laureano Figuerola y al autor de *Minuta de un testamento (Ideario del krausismo liberal)*, Gumersindo de Azcárate, personaje en el que Elías Díaz profundiza en la segunda parte de su «Estudio Preliminar» tratando de descubrir las claves de su pensamiento social y político, que culmina con una bibliografía tanto del krausismo en general como de Azcárate en particular a todas luces anticuada por los motivos ya expuestos con anterioridad.

La importante influencia del krausismo en España es explicada por Elías Díaz desde el punto de vista de su intento de apertura hacia Europa, insistiendo más en la actitud de libertad intelectual que suponía que en su consideración como sistema filosófico riguroso lo que le lleva a caracterizarlo como «espíritu de armonía, defensa de la libertad, culto a la ciencia, afirmación de la razón, moralismo, pedagogía y religiosidad» (p. XV). Sin

embargo, esta idea de liberalismo que caracterizó al krausismo no supone una concepción individualista sino que entronca claramente con el organicismo social.

Frente a los defensores a ultranza del pensamiento krausista numerosas voces se alzaron expresando contradicciones y falta de contenido dentro del mismo, siendo quizás el más acérrimo adversario del krausismo en España Marcelino Menéndez Pelayo, quien en su *Historia de los heterodoxos españoles*, vol. II, *Protestantismo y sectas místicas. Regalismo y Enciclopedia. Heterodoxia en el siglo XIX*, edición de Madrid, 1956, manifestaba que «la hipocresía es lo peor que tiene el krausismo, y ésta es la razón de que aquel discurso tan capciosamente preparado, rebosando de misticismo y ternezas patriarcales, donde venía a anunciarse a las almas pecadoras una nueva era, en que el cuidado de ellas correría a cargo de la filosofía nucleosa de la religión en tales funciones, deslumbrase a muchos incautos...» (p. 1001), para luego criticar a sus defensores de un modo verdaderamente ácido y despiadado explicitando que «los krausistas han sido más que una escuela; han sido una logia, una sociedad de socorros mutuos, una tribu, un círculo de *alumbrados*, una *fratría*, lo que la pragmática de D. Juan II llama *cofradía* y *monipodio*; algo, en suma, tenebroso y repugnante a toda alma independiente y aborrecedora de trampantojos. Se ayudaban y se protegían unos a otros; cuando mandaban, se repartían las cátedras como botín conquistado; todos hablaban igual, todos vestían igual, todos se parecían en su aspecto exterior, aunque no se pareciesen antes, porque el krausismo es cosa que imprime carácter y modifica hasta las fisonomías, asimilándolas al perfil de D. Julián [Sanz del Río] o de D. Nicolás [Salmerón]. Todos eran tétricos, cejjuntos, sombríos; todos respondían por fórmulas hasta en las insulseces de la vida práctica y diaria; siempre en su papel; siempre *sabios*, siempre abiertos en la *vista real* de lo absoluto. Sólo así podían hacerse merecedores de que el hierofante les confiase el tirso en la sagrada iniciación arcana» (p. 1091). Por otro lado, no tiene desperdicio la opinión que Menéndez y Pelayo tenía del propio Krause, de quien decía que era «un teósofo, un iluminado tiernísimo, humanitario y sentimental, a quien los filósofos trascendentales de raza miraron siempre con cierta desdénosa superioridad, considerándole como filósofo de logias, como propagandista francmasónico, como metafísico de institutrices; en suma, como un charlatán de la lata ciencia, que la humillaba a fines inmediatos y no teóricos» (pp. 1081-1082).

Al entrar Elías Díaz en el análisis concreto de la *Minuta de un testamento*, obra que contiene numerosos aspectos autobiográficos testimoniales de la época que a Gumersindo de Azcárate le tocó vivir y que ha sido considerada por algunos la obra más relevante del krausismo publicada en España hasta ese momento, 1876, no aporta gran cosa, si bien en esta ocasión sí se hace eco de las palabras nada elogiosas que en relación a la misma fueron vertidas por Menéndez y Pelayo para quien era un «folleto anticatólico, obra de insidiosa suavidad y empalagoso misticismo» (p. 1164), si bien es de justicia poner de manifiesto que en los catorce capítulos en que aparece dividida emanan con claridad las principales obsesiones de las que en el transcurso de su vida se ocupó el A., es decir, cuestiones de contenido religioso y moral, preocupaciones de talante político-jurídico y, enlazadas con éstas, asuntos de carácter social y económico, culminando el volumen que ahora recensamos con dos anexos dedicados el primero a la reproducción de la conferencia que sobre «La Religión y las religiones» dictó Gumersindo de Azcárate el 16 de mayo de 1919 en la que pone de manifiesto que la Religión era un problema con numerosas vertientes: psicológica, metafísica, sociológica y práctica, tratando de aclarar su concepto trayendo a colación las definiciones de Séneca, Kant, Hegel, Carlyle o Tolstoi, entre otros; mientras que el otro anexo está destinado a recoger las impresiones plasmadas en epístolas que dicha conferencia ocasionó en personajes de la época como el Obispo de León o Antonio Maura.

Desde estas líneas felicitamos a J. L. Monereo Pérez por el acierto en la publicación de esta colección que sin duda está contribuyendo a reeditar numerosos clásicos del Derecho, obras del siglo XIX y de los primeros sesenta años del XX escritas no sólo por juristas españoles, sino también por franceses, alemanes, italianos, norteamericanos, austriacos, ingleses, etc., en cuidadas ediciones precedidas de densos estudios preliminares. La Historia del Pensamiento Jurídico está en deuda con Monereo.

MARÍA ENCARNACIÓN GÓMEZ ROJO

BARÓ PAZOS, Juan, ESTRADA SÁNCHEZ, Manuel, y SERNA VALLEJO, Margarita, *De la Junta de Sámano al Ayuntamiento constitucional (1347-1872), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, 304 pp. ISBN 84-8102-385-X.*

No es habitual encontrar estudios iushistóricos dedicados a pequeñas circunscripciones municipales prácticamente desconocidas incluso en la propia región, y mucho más cuando se trata de territorios periféricos situados junto a importantes núcleos de población. Es lo que ocurre con el diminuto y recoleto valle de Sámano y con los concejos de Mioño, Ontón, Otañes, Lusa y Agüera, que constituyeron en época bajomedieval la Junta de Sámano, dependiente de la villa de Castro Urdiales, convertida ésta en cabeza de la jurisdicción. Las reformas administrativas del XIX constituyeron a la Junta en Ayuntamiento independiente, institución suprimida en 1841, cuando sus vallecitos y lugares se dividieron entre los Ayuntamientos de Castro y Guriezo.

Este diminuto territorio oriental de Cantabria lindante con Bizkaia fue descrito por Pascual Madoz como un valle bastante pintoresco formado por pequeñas llanuras, muchas sierras y ásperas montañas. Su terreno es casi todo montuoso, *pero la laboriosidad de sus moradores tiene en cultivo declives y elevaciones, que sólo pudieran hacer productivas su mucho trabajo y perseverancia* (Diccionario, XIII, 1849, p. 718). Esa laboriosidad y perseverancia de los samaneses de mediados del XIX continúa viva siglo y medio después, como lo ha demostrado su interés por exhumar su pasado, en un momento en el que el desarrollo industrial ha traído la paulatina pérdida de las costumbres y tradiciones locales, según apunta en la presentación del libro el propio Alcalde de la Junta, Ángel Llano Goiri. Esta labor podía haberse encomendado a un erudito local o regional, como suele ser habitual en este tipo de monografías locales; sin embargo, la Junta tuvo el acierto de encargar el estudio a tres profesores de Historia del Derecho de la Universidad de Cantabria. El resultado se ha concretado en la edición de un libro de magnífica factura y presentación que, lejos de tener un interés eminentemente local, se convierte en un modelo metodológico a la hora de abordar estudios similares.

En España –como en toda Europa–, sobrea abundan las historias locales realizadas desde el amor al terruño pero desprovistas del rigor, la meticulosidad y el tratamiento académico adecuados. Esta historiografía suele ser, en muchas ocasiones, eminentemente etnograficista, encontrándonos ante prolijas descripciones basadas en el expurgo de una documentación poco cribada cuando no, en ocasiones, incluyendo tediosas transcripciones transformadas por redacciones más o menos literarias del propio autor, que distorsionan la visión del conjunto de una determinada época histórica. En estos casos, la parcela de la historia más apaleada resulta ser nuestra disciplina, pues son frecuentes los errores y dislates jurídicos e institucionales. Frente a esta historiografía

tradicional voluntarista, lo local comenzó a ser considerado como un campo de experimentación de lo general, en donde podían verse reflejadas las grandes líneas por las que discurre la historia. El interés del mundo académico español por la historia local se constata fundamentalmente a partir de los años setenta, y ha seguido cultivándose, con trabajos cada vez más elaborados, hasta la actualidad. La Historia del Derecho no ha estado ajena a este fenómeno, y buena muestra de ello son las monografías del propio Juan Baró dedicadas a *La Junta de las Cuatro Villas de la Costa del Mar* (Santander, 1999), y *La historia de Liébana* (Santander, 2000).

En esta ocasión, la Junta de Sámano ha decidido historiar su pasado, en un ejercicio de *longue durée* que, aunque el título acota entre 1347 y 1872, sobrepasa esos límites cronológicos, tanto en los antecedentes altomedievales, como ofreciendo algunos datos posteriores a la desaparición del municipio de Sámano (1871-1872), en concreto, incluyendo en el apéndice documental el manifiesto del peneuvista Enrique Ocharán en torno a la reintegración de Castro Urdiales a Bizkaia (1925).

Corresponde el tratamiento de la época medieval y de los albores de la moderna a la Profesora Titular de Historia del Derecho Margarita Serna Vallejo. Como se ha indicado, su trabajo no parte del año 1347, precediéndole diez páginas que, arrancando del *Portus Amanum* referido por Plinio el Viejo y otras citas de época romana, se adentra en las primeras referencias altomedievales del territorio, que asoma a la documentación a partir de principios del siglo XI. Desde finales de esta centuria las referencias documentales se hacen más prolijas, permitiendo a esta autora describir la situación de Sámano en la organización territorial de Castilla hasta el establecimiento del régimen de corregimientos. En efecto, como indica la Profesora Serna, desde el siglo XI se fueron sentando las bases que habrían de permitir hacer efectiva la presencia del monarca castellano en los distintos territorios del reino, configurándose nuevas formas de organización que permitieron al rey ejercer un control eficaz, tanto sobre el territorio como sobre la población, a través de diferentes oficiales, léase tenentes, merinos mayores y menores, y adelantados. Así, Sámano se encuadró en la Tenencia de Castilla Vieja y en la Merindad o Adelantamiento Mayor de Castilla, y a partir del siglo XII también en la Merindad menor de Vecio. En la segunda mitad del siglo XIII se desgajó una nueva circunscripción de la Merindad mayor de Castilla, conocida como Merindad mayor de Castilla la Vieja, en la que Sámano quedó integrada.

En 1347 Castro Urdiales aparece extendiendo su jurisdicción sobre Sámano, aunque ello no quiere decir que con anterioridad no la tuviese, incluso desde la concesión del fuero de Logroño a esta la villa cántabra (1163-1173), como bien apunta Serna Vallejo. Así pues, la fecha de 1347 cifra por primera vez la vinculación jurisdiccional que marcará la historia pleno y bajomedieval, así como moderna samanesa. Aquel año Alfonso XI extendió la jurisdicción del concejo de Castro sobre la totalidad de los términos Sámano, es decir, sobre el espacio rural y los núcleos de población que poco después integrarán la Junta de Sámano. Margarita Serna clarifica todas las cuestiones e interrogantes suscitados en torno a esta jurisdicción, y describe pormenorizadamente su evolución político-institucional hasta la constitución de la Junta, a lo que dedica un concienzudo análisis. El estudio se completa abordando el nacimiento del corregimiento de Castro Urdiales y, de manera especial, toda la problemática producida en torno a la explotación comunal de los montes de Agüera, razón de ser de la Junta de Ribagalza, institución apenas conocida y que se describe aquí con detalle y minuciosidad.

Juan Baró Pazos centra su trabajo en la Junta de Sámano de la época moderna, ofreciendo un estudio institucional impecable que comienza describiendo, desde una perspectiva diacrónica, las competencias del Corregimiento de las Cuatro Villas sobre la villa de Castro y la Junta de Sámano. A partir de entonces, los diferentes epígrafes van desgranando la naturaleza, entidades y competencias de la Junta, la organización y com-

petencias de los concejos, la vida económica –con especial mención a lo que supuso la explotación de los bosques tras la disolución de la Junta de Ribalza en 1552–, el contrabando y el comercio ilícito, el régimen de aduanas, y un sucinto análisis sobre la vida cotidiana, muchas veces marcada por la conflictividad, de la que, como es habitual, dan buena cuenta los archivos locales. Tras esta atinada radiografía de la Junta de Sámano y de sus territorios en los siglos XVI, XVII y XVIII, la narración torna a la diacronía cuando el Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Cantabria aborda la cuestión de la integración de Castro Urdiales y la Junta de Sámano en el Señorío de Vizcaya. Desde el punto de vista del derecho histórico público este epígrafe trasciende lo meramente local, y aborda una cuestión de rabiosa actualidad, pues su lectura nos recuerda la existencia de paralelos en las reivindicaciones territoriales vizcaínas de Villaverde de Trucíos –aspecto tangencialmente abordado en la última parte del libro, o alavesas de Treviño. Más allá de estas «islas» cántabra y burgalesa, respectivamente, rodeadas de tierras vascas, durante un período intermitente de las tres décadas centrales del siglo XVIII el Señorío de Vizcaya extendió sus dominios hacia el poniente, integrando Castro Urdiales y la Junta de Sámano. Diferentes aspectos de esta cuestión fueron analizados, con mayor o menor detalle, por Javier Echavarría y Sarraoa (Bilbao, 1954), Gregorio Monreal (Bilbao, 1974) y Ramón Maruri (Santander, 2002), sirviendo el trabajo de Baró de excelente visión de conjunto, además de ofrecer nuevas aportaciones iluminadas por documentación inédita. Aquel efímero apéndice vizcaíno pudo haberse consolidado en el Señorío con la real cédula de 23 de marzo de 1745, cuando el rey accedió a reintegrar a Castro y a la Junta de Sámano en la jurisdicción del Señorío. Sin embargo, Castro y su jurisdicción no fueron aceptados en el Señorío y nunca lograron representación en las Juntas Generales de Vizcaya, abriéndose así un período de imprecisión jurisdiccional extendido hasta 1763. Aquel año y por real orden el territorio se reintegró a la Corona y al Bastión de Laredo. Juan Baró concluye su estudio con la descripción de la actitud de la villa de Castro y de la Junta de Sámano ante la Junta de Puente de San Miguel, proyecto de unión y cohesión cántabra del último cuarto del siglo XVIII, a imitación y semejanza del Principado de Asturias y del Señorío de Vizcaya.

La historia del municipio constitucional de Sámano es abordada por Manuel Estrada Sánchez. Este Profesor Titular de Historia del Derecho elabora un modelo de lo que, grosso modo, puede constituir la historia de los municipios rurales de Cantabria, con singularidades históricas locales que, en el caso de Sámano, resultan ser especialmente interesantes. La constitución del Ayuntamiento de Sámano el 4 de noviembre de 1813 se enmarca en los cambios constitucionales de la época. Estrada comienza su análisis estableciendo el marco normativo, al que siguen las descripciones de la guerra de la Independencia, la delimitación territorial de la nueva provincia de Santander y la creación del Ayuntamiento constitucional samanés, la irregular historia de esta institución hasta 1833, y su discurrir administrativo hasta su desaparición en 1871. La perspectiva político-institucional sobre la administración municipal viene acompañada de cuestiones en torno a la evolución demográfica, las contiendas bélicas, o la economía del municipio, por citar algunos de los más representativos. El autor concluye reflexionando sobre las razones de la desaparición del municipio en 1871: *La disparidad de intereses, su agreste orografía, la lejanía, difícil comunicación y el aislamiento entra alguna de las pedanías, conjugado con la irresistible atracción que sobre estos pueblos ejerció la emergente villa de Castro Urdiales, fueron motivos suficientes como para impedir que el municipio de Sámano pudiese sobrevivir a tantos y tan grandes imponderables.* A lo que añadiríamos que ello supuso su condena al desconocimiento popular de su realidad histórico-institucional, pues, englobados sus lugares y valles entre los Ayuntamientos de Castro y Guriezo, prácticamente nadie reconocía la unidad histórica de este

territorio, fuera de propios samaneses y de su Junta. Esperemos en este sentido que la presente monografía contribuya a situar a Sámano en el lugar que se merece.

El libro se completa con la bibliografía empleada y con algo más de cien páginas apéndices documentales, transcritos por José María González de las Heras Weh, aunque en su selección –si bien no se nombran– se intuyen los nombres de Baró y Estrada, en el caso de este último firmando alguna nota crítica. Nos hallamos ante un apéndice sopesado, donde nada es arbitrario. El investigador encuentra transcritos los documentos más importantes en el devenir de la Junta de Sámano desde el punto de vista institucional, tanto de la época moderna como de la contemporánea. Cierra la serie documental un listado de los alcaldes de Sámano entre 1809 y 1869 elaborado por Manuel Estrada Sánchez.

ROLDÁN JIMENO ARANGUREN

BARRIO BARRIO, Juan Antonio (ed.): *Los cimientos del Estado en la Edad Media. Cancillería, notariado y privilegios reales en la construcción del Estado en la Edad Media, Universidad-Ayuntamiento de La Nucía, Alicante, 2004, 369 pp.*

Según confesión que realiza el Profesor Juan Antonio Barrio en la *Presentación* del volumen, el germen del mismo se encuentra en un proyecto de investigación interdisciplinar destinado a paliar el vacío bibliográfico existente respecto a la producción, transmisión y difusión de los privilegios reales en el ámbito de la administración valenciana. A su desarrollo y realización respondieron las convocatorias de dos symposiums internacionales celebrados en Benissa (14-16 de marzo de 2002) y La Nucía (7-9 de noviembre de 2002) bajo el patrocinio de la Universidad de Alicante y la responsable coordinación del mencionado Profesor. Es precisamente el rico material destilado en dichos encuentros el que ahora es objeto de publicación.

En correspondencia con la convocatoria de estos encuentros, y la premisa de su interdisciplinariedad, se recoge en el volumen una temática plural y diversa que, dentro de la problemática general a tratar en los encuentros, fue abordada por un amplio conjunto de especialistas.

Sin que su enunciado implique prioridad de ningún tipo, en el heterogéneo conjunto de las ponencias ahora publicadas cabría destacar un primer grupo temático referido específicamente al *notariado*. En él se encuadrarían las aportaciones de Germán Navarro Espinach en relación a los notarios aragoneses (*Los notarios y el Estado Aragonés, siglos XIV-XV*) y de Guadalupe Lopetegui Semperena respecto a los navarros (*Escribas y notarios en la cancillería real navarra durante el siglo XIII*).

Un segundo e importante bloque temático es el integrado por aportaciones que abordan la variada problemática que presentan los *privilegios reales*. Dentro del mismo, a su vez, las acotaciones que sobre los privilegios se hacen son diversas. Unos adoptan perspectivas generales; tal, por ejemplo, María Teresa Ferrer i Mallol (*Les recopilacions documentals dels arxivers del rei per a la recuperació del patrimoni reial*), Juan Francisco Mesa Sanz (*La edición crítica de los privilegios reales en el periodo bajomedieval: los libros de privilegios*) o Juan Antonio Barrio Barrio (*Los privilegios reales. Centralización estatal y transmisión de la política estatal*). Otros lo hacen mediante delimitaciones geográfico-políticas, como Maria Eugenia Cadeddu respecto a Córcega

y Cerdeña (*I privilegi reali nel regno di Sardegna e Corsica all'epoca di Giacomo II e dell'infante Alfonso de Aragona. Strategie politiche e militari*), y no faltan otros que centran sus estudios sobre los contenidos artesanales (German Navarro Espinach: *Los privilegios reales sobre la industria precapitalista en los Estados de la Corona de Aragón, siglos XIII-XV*), o las minorías poblacionales (José Hinojosa Montalvo: *Privilegios reales a mudéjares y judíos*). Además de todo ello, la dimensión lingüística de los privilegios tampoco dejó de ser tratada. A ella dedicaron su atención Antoni Ferrando Francés (*La constitució de un corpus de documents de Cancelleria real de la corona de Aragó, eina imprescindible per a l'estudi de la norma cancelleresca*) y Joseph Martínes (*Els llibres de privilegis reials valencians: una font per a l'estudi de la llengua*).

También se recoge en el volumen otro conjunto de intervenciones que, manteniéndose en los parámetros generales de la convocatoria, sin embargo se ocuparon de cuestiones distintas a las anteriores. Así, a los problemas derivados de las nuevas articulaciones territoriales de la corona aragonesa durante la Baja Edad Media prestaron atención Gabriel Enseyat Pujol respecto a Mallorca (*L'Administració a la Corona d'Aragó a la Baixa Edat Mitjana. Les terres de l'antiga Corona de Mallorca después de la reincorporació a la Corona Catalanoaragonesa*) y José Vicente Cabezero Pliago respecto a las tierras murcianas (*Jaime II y la nueva articulación política y territorial del reino de Valencia, 1291-1308*). Por su parte, la problemática económica general valenciana es objeto de valoración por David Igual Luis (*Política y economía durante la Baja Edad Media. El papel de la monarquía en el comercio exterior valenciano*) y el ceremonial urbano por Rafael Narbona Vizcaíno (*Cortejos ceremoniales, funciones religiosas y simbolismos políticos en las ciudades medievales*).

Por último no faltan tampoco singulares aportaciones sobre fuentes. Tal, por ejemplo, la de José Martínez Gázquez y María Luisa La Fico Guzzo sobre las primeras traducciones bajomedievales del Corán (*Recursos literarios en la primera traducción del Corán*) o la de Antoni Biosca i Bas sobre la *Propaganda religiosa en la carta de Samuel*.

De tan plural y heterogéneo material no es factible descender al detalle de ninguna valoración pormenorizada, pero cabe advertir que, en su conjunto, todo el volumen constituye una aportación historiográfica enriquecedora. La continuidad de los encuentros de La Nucía durante estos últimos años es de esperar que se siga traduciendo en la continuidad editorial de sus resultados.

A. BERMÚDEZ

CARCEL ORTÍ, María Milagros: *Un formulari i un registre del bisbe de València en Jaume d'Aragó*, Universitat de Valencia, Fonts històriques valencianes, 2005, 439 pp.

Son bien conocidas las numerosas aportaciones de la profesora Doña María Milagros Carcel Ortí al conocimiento de la documentación de los archivos diocesanos del Reino de Valencia. En esta ocasión se ocupa de la edición de una de las fuentes más completas de documentos emanados del Obispo de Valencia en el ejercicio de la administración de la diócesis: un formulario y un registro pertenecientes a la cancellería del obispo de Valencia, Jaume d'Aragó (1369-1396).

Se trata de un trabajo muy superior al de una simple edición de textos ya que se acompaña de una descripción historiográfica acerca de los formularios y registros, de

un estudio de la cancillería episcopal durante el periodo que abarca la documentación editada, y de una reconstrucción de la casa y corte del obispo. Contiene, además, un estudio diplomático de la *Littera episcopal*, una descripción codicológica y paleográfica del formulario y del registro y de los criterios de edición. Los textos se acompañan con abundantes notas explicativas de los personajes y acontecimientos citados en las fuentes, y aparece precedida de 163 regestas de los documentos del formulario, siguiendo el mismo orden en que aparecen editados, y 211 regestas de los documentos del registro ordenados cronológicamente, con la indicación de los folios que comprende el documento y el número que tiene en la edición. Finalmente, el trabajo se concluye con un índice onomástico y otro toponímico.

El conjunto documental editado pone en evidencia el contenido y la utilización de dos instrumentos imprescindibles para el funcionamiento de una cancillería. Son además expresivos de la organización de una diócesis ya consolidada y testimonio de los asuntos tratados en la misma, de las funciones que tenía asignadas, del poder de control de la Iglesia sobre sus súbditos y, por último, reflejo de la incidencia del cisma de Avignón en una iglesia local, como era la valenciana.

Cronológicamente los documentos editados abarcan los doce primeros años del obispado de Jaume d'Aragó. Este obispo era nieto del rey Jaume II d'Aragó, hijo de Pere d'Aragó, conde de Ribagorza y Ampurias y hermano de Alfons I d'Aragó, duque de Gandía y marqués de Villena, y fue nombrado obispo de Valencia en 1362. Durante su mandato la gestión administrativa alcanzó un alto nivel según se comprueba por la existencia de una serie de registros totalmente diferenciados en cuanto a la temática. Nos encontramos ante una curia episcopal muy organizada, tal y como se desprende de la documentación publicada, y dotada de un complejo conjunto de funcionarios presididos por los vicarios generales, oficiales, notarios y escribanos, además de la existencia de una pequeña curia en Xativa para la resolución de cuestiones al sur del río Xuquer. A este organigrama habría que añadir la existencia de un obispo auxiliar.

Los formularios son una colección de fórmulas que servían de modelos a los redactores de documentos, cumpliendo, además, una función pedagógica de formación de los mismos. En el proceso de redacción documental los formularios se usaban una vez que el notario hubiera redactado la minuta; a partir de ese momento los escribanos, haciendo uso del formulario, redactaban en limpio el documento con los datos contenidos en aquella. El formulario que ahora se publica, se encuentra intercalado en un manuscrito conservado en la Biblioteca de Cataluña, en Barcelona, con un total de 108 folios. Consta de 267 fórmulas, escritas en latín, a excepción de algunas en lengua valenciana. Presenta como originalidad que solamente es etceterado el inicio de la intitulación, como consecuencia los documentos copiados, y que le sirven de modelo, conservan completos los datos referidos a las personas y a los asuntos tratados. Aparece acompañado de 46 direcciones y subscripciones de las cartas particulares del obispo que permitían a los notarios conocer el tratamiento que recibían las personalidades con las que el obispo mantenía correspondencia, con lo cual su valor documental es superior a cualquier otro documento del mismo tipo. Del contenido de la documentación, personas citadas y los datos cronológicos implícitos se ha deducido como fecha de inicio del mismo el año 1369.

Una vez redactados, los documentos eran inscritos en libros destinados específicamente a su registro con la doble finalidad de servir de prueba y de control institucional de la documentación expedida por el obispo y vicario general. Con ello el registro constituía un eslabón más del proceso de expedición de documentos. El Registro que se presenta en esta edición data de 1372, actualmente se encuentra en el Archivo del Varón de Llaurí. Nos ofrece una visión bastante fidedigna del funcionamiento de las cancillerías y, sobre todo, nos permite conocer las bases de un esquema de tipos y formas diplomáticas. No

respeta completamente el orden cronológico por la existencia de lagunas. Tampoco se puede situar su autoría en un escribano determinado, pues, como se comprueba por las grafías, son varios los redactores intervinientes, destacando entre ellos Lluís de Fenollosa, notario de la curia que también figura como supervisor y corrector público.

El tipo documental más utilizado en las chancillerías episcopales en la Baja Edad Media fue la *littera*, de la cual tanto el formulario como el registro estudiado nos ofrece un esquema tipo que es analizado con profundidad por la profesora Carcel Ortí.

La parte más interesante de este trabajo y, también, su justificación, corresponde al contenido de los documentos, si bien es necesario tener en cuenta que no solo aparecen documentos expedidos, sino también recibidos por la autoridad diocesana. Entre los primeros abundan los asuntos relacionados con los beneficios eclesiásticos o capellanías, licencias para ausentarse del beneficio por estudios (todos ellos con una minuciosa descripción de los beneficiarios, otorgantes, tipo de concesión, lugar, etc.). Otro tipo de licencias se otorgan para recibir sepultura eclesiástica en las iglesias, para trasladar los restos familiares, para confesar y perdonar los pecados reservado al obispo, para oír y celebrar misas en casas particulares, para tener la cura de almas o percibir los frutos de la iglesia. También se expedían documentos acreditativos de haber recibido órdenes sagradas, cartas de tonsura o de recepción de las cuatro órdenes, licencias para ser ordenado por cualquier obispo, dispensa de defecto de nacimiento o ilegitimidad para poder ser ordenado... Otra manifestación de la autoridad diocesana es el control ejercido sobre sus súbditos, manifestado en la expedición de documentos para conceder autorización eclesiástica en asuntos tales como pedir limosnas a favor de santuarios, capillas u hospitales tanto para la diócesis como fuera de ella, para redimir cautivos, rescate de presos, enfermos e incluso para dotar a huérfanas para que se pudieran casar. Por último aparece una documentación variada sobre nombramientos, salvoconductos, certificaciones de cautividad y conversos, órdenes en general a los sacerdotes y cartas dimisorias para salir de la diócesis. Finalmente también aparecen documentos recibidos sobre asuntos como indulgencias papales, cartas de presentación o de procuración.

En conclusión, no podemos más que destacar el interés de esta publicación que viene a completar una serie de trabajos, ya numerosos, de la misma autora. Nos encontramos con una rica documentación de un doble valor para el estudio de la Historia y de la Diplomática. Si bien es cierto que como fuente histórica, como la propia autora reconoce, el formulario se caracteriza por su parcialidad y el registro no se ha conservado completo, es evidente que estos inconvenientes se superan con creces por venir a colmar un amplio vacío en la documentación episcopal del siglo XIV valenciano, un valor añadido si tenemos en cuenta que el formulario es el único de esta época que se conserva, no solo en la Corona de Aragón sino en España. La obra nos ofrece el conocimiento de un instrumento de control de los usos de elaboración de documentos expedidos por las chancillerías que nos proporciona una fuente básica para el conocimiento del mecanismo de su funcionamiento. Aporta también un valioso testimonio de dos etapas del proceso complejo de elaboración documental, que puede ser considerado como el resultado de un esfuerzo de recopilación sistemática de la documentación diplomática con la finalidad pragmática de enseñanza, de la memoria administrativa de los documentos expedidos por el obispo, y, sobre todo, como un instrumento de control sobre los documentos, y como una fuente de conocimiento sobre los usos de esta documentación y los métodos de trabajo empleados por los escribanos.

En suma, la calidad de la edición hace de esta obra un utilísimo instrumento para juristas, historiadores y estudiosos de la Diplomática del siglo XIV valenciano.

CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *La Justicia del Pueblo. Los tribunales populares de Jaén durante la Guerra Civil*, Instituto de Estudios Giennenses, Jaén, 2004, 296 pp.

Aunque han transcurrido más de sesenta años desde la finalización de la Guerra Civil española, toda su problemática sigue interesando a multitud de investigadores. Basta ojear las últimas novedades editoriales para comprobar el gran número de obras que desde las más diversas perspectivas analizan la contienda. Es más, recientemente, diversos aspectos relacionados con nuestra Guerra Civil están suscitando un gran debate general, como es el caso de las reparaciones a los vencidos o el destino final de la documentación sobre el tema custodiada en Salamanca, sólo por citar algunos ejemplos.

En esta línea de preocupación por la temática sobre la Guerra Civil que destrozó nuestro país el siglo pasado hay que situar la obra recientemente publicada por el profesor de la Universidad de Jaén Miguel Ángel Chamocho Cantudo, dedicada a los tribunales populares giennenses. El autor realiza un magnífico estudio institucional sobre la práctica judicial vivida en este territorio andaluz, aunque por extensión, también nos lleva a conocer en buena medida la administración de justicia de la España Republicana.

El libro se divide en cuatro capítulos precedidos de una introducción en la que el profesor Chamocho nos dibuja el estado de falta de orden público existente en el país meses antes del levantamiento militar –con frecuentes quiebras de los derechos y libertades fundamentales– y en el que nos presenta los objetivos que persigue con la publicación, esto es, analizar los tribunales populares instaurados en la República para juzgar los delitos de rebelión y sedición. Todo ello se concluye con un anexo documental de gran utilidad y costosa elaboración.

La obra se encuentra cimentada sobre una sólida base documental recogida, fundamentalmente, en el Archivo Histórico Provincial de Jaén y en el Archivo Histórico Nacional. Por toda ella, sea en el texto principal, sea en las notas a pie, rezuma una ingente documentación, lo que nos deja claro, ya, una de las características de esta monografía, a saber, la minuciosidad y profesionalidad del autor, que busca desentrañar los problemas de la institución dejando hablar a sus protagonistas y sacando a la luz una gran cantidad de documentos hasta ahora inéditos pero esenciales para reconstruir el pasado giennense en este periodo de guerra. Pero el autor no se queda ahí en la búsqueda por conocer lo acaecido. También recurre a la prensa del momento, si bien es preciso puntualizar que toda ella muestra un claro matiz revolucionario.

Los diferentes capítulos del libro siguen una metodología clásica en el estudio institucional: estructura, competencias y funcionamiento, objeto de los capítulos segundo al cuarto. El primero se dedica a exponer el posicionamiento que adoptó la provincia de Jaén al inicio de la guerra, que no fue otro que mostrarse leal a la República, actitud que mantendrá durante toda la contienda. Estos primeros momentos se caracterizaron por una fuerte depuración de todo lo que se posicionase hacia los partidos de derechas, lo que conllevó una gran persecución de funcionarios y una represión de la que ni siquiera logró salvarse el obispo de Jaén, que fue asesinado.

En la evolución de los tribunales populares, el autor establece cinco fases. Una inicial, que califica de improvisada ante los acontecimientos sucedidos, y por la que se pretende retomar la senda de la justicia tras los ajustes de cuentas. Una segunda, caracterizada por el aumento competencial desde octubre de 1936, y una tercera definida por el profesor Chamocho como de mayor homogeneidad e integración de los tribunales dentro de la justicia ordinaria, lo que supuso la desaparición del carácter transitorio y

excepcional con el que habían sido creados estos juzgados. El Decreto de siete de mayo de 1937 inicia la cuarta fase que concluye a finales de ese mismo año y que supuso la estabilización y normalización de la justicia, lográndose en palabras del autor, «un régimen coherente, completo, sistematizado, de todos los tribunales populares». Por último, 1938 marca la etapa del desmoronamiento de estos tribunales.

En este segundo capítulo, el lector podrá conocer más a fondo el pensamiento de los diferentes ministros de justicia republicanos sobre su ramo y el modo que tenían de afrontar los distintos problemas. También comprobará los conflictos que se comenzaban a apreciar con la jurisdicción militar, quizás debido a que las autoridades republicanas no estaban dispuestas a asumir el hecho de que el levantamiento militar no sería algo pasajero y que había que considerarse en guerra.

La institucionalización de los tribunales populares en Jaén se produjo durante los primeros días de septiembre de 1936. La estructura de los mismos nos muestra la existencia inicial de dos juzgados de instrucción formados por tres funcionarios y uno de substanciación de las causas. Con el tiempo, los juzgados de instrucción se reducirán a uno y se creará otro más para entender del fondo de los asuntos en 1937.

Por lo que se refiere a la composición de los tribunales, ésta era doble. Por una parte se encontraban tres jueces nombrados por el Ministerio y catorce jurados designados por partidos políticos y sindicatos, que luego se reducirían a ocho. Se trataba del técnicamente denominado jurado puro, donde los no legos informaban sobre los hechos y emitían un veredicto, encargándose los jueces de establecer la condena.

Pero en el análisis de la administración de justicia en tiempos de guerra, el profesor Chamocho no sólo se circunscribe al estudio de los tribunales populares. El lector también podrá conocer pormenorizadamente el funcionamiento de los jurados de urgencia –que perseguían a los desafectos que no habían cometido delitos–, los de guardia y el encargado de determinar la responsabilidad civil dimanante de los delitos de rebelión y sedición, así como comprobar cuáles de ellos se implantaron en la ciudad andaluza.

El tercer capítulo del libro está dedicado al examen competencial de los tribunales populares. Es así como conocemos que éstos entendieron desde sus inicios de unos delitos concretos: los de rebelión y sedición y aquellos contra la seguridad del Estado. A continuación, el autor realiza un estudio pormenorizado de cada uno de estos delitos utilizando una metodología y dogmática plenamente penalista. Así, se analiza el tipo penal, el bien jurídico protegido, la participación, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, etc. Y todo ello desde el prisma del Código Penal de 1932, vigente en esos momentos. Será a partir de febrero de 1937 cuando el ámbito competencial sufra una importante novedad, pues los tribunales populares extenderán sus atribuciones a delitos comunes y delitos no militares incluidos en códigos militares cometidos por civiles con ocasión del alzamiento.

El derecho aplicable y la práctica judicial de los tribunales populares en Jaén constituyen el objeto del último capítulo de la monografía. Sobre el primer aspecto, planea el interrogante de por qué se acudió a la legislación militar cuando los tribunales los integraban civiles que juzgaban igualmente a civiles. Esta pregunta es afrontada por el autor con humildad pero sin ocultar el problema. A su juicio, la propia situación del momento, el conflicto bélico, provocó que se adoptara una normativa más penalizadora para el reo, primando la vía de hecho por encima del derecho. Sin duda, éste es un aspecto sobre el que se podrá profundizar en el futuro y que siempre ha planteado problemas a los investigadores que se han acercado a él ante la falta de justificación de la medida.

Por lo que se refiere a la práctica judicial, el profesor Chamocho deja claro que los tribunales impartían una justicia rápida y predeterminada al castigo de rebeldes y sediciosos. Por las páginas dedicadas al aspecto procedimental el lector podrá seguir el recorrido procesal de los acusados desde la fase de instrucción hasta el juicio oral. Y es aquí donde la documentación estudiada exhaustivamente por el profesor andaluz aflora con mayor nitidez y nos permite imaginar el desarrollo de las causas. La fácil prosa del autor nos invita a trasladarnos a la sala de vistas y contemplar cual privilegiado público el fervor republicano mostrado por jueces, fiscales y testigos –e incluso de los asistentes– y cuan difícil resultaría la absolución de los acusados en un ambiente como éste poco propicio para la imparcialidad. Sin embargo, las estadísticas contradicen este parecer, puesto que de 350 procesados, el 45 % resultaron absueltos. Por ello, se puede concluir que este sistema judicial, pese a lo señalado anteriormente, proporcionó ciertas garantías a los acusados. De todo el proceso, el autor resalta el difícil papel que cumplía un abogado defensor elegido claramente entre afectos a la República pero que debía actuar para asegurar la correcta aplicación de la justicia. Sus alegatos políticos en pro del gobierno legítimo son esclarecedores en este sentido. Asimismo, resulta interesante analizar el papel del jurado, convertido en un instrumento de represión política, como nos señala el profesor giennense. Un estudio social de los procesados pone fin a este capítulo.

Sin duda, estamos en presencia de una obra que, sin apasionamientos, nos muestra el funcionamiento de la administración de justicia republicana en Jaén durante la guerra civil, con especial atención a todo el ámbito procesal, y desde una postura neutral. Es ésta, quizás, una de las mayores preocupaciones del autor, contar sin partidismos el acontecer de estas instituciones judiciales en un marco temporal todavía fuertemente politizado. De ahí que cobren protagonismo los documentos archivísticos y que las tesis y conclusiones del profesor Chamocho se apoyen y refrenden siempre en los manuscritos. En definitiva, el libro, finalista del premio Cronista Cazabán 2002, constituye un referente básico para todo el que desee profundizar un poco más en una parcela concreta de nuestra Guerra Civil, la judicial. Esperemos que estudios como el aquí reseñado contribuyan a mostrar las penalidades de las guerras, más grandes, si cabe, cuando éstas enfrentan a hermanos. Que existen otras formas para resolver las disputas y controversias es claro, pero la historia nos enseña hasta dónde pueden llegar los radicalismos en una sociedad que no sabe convivir con las diferencias y donde se ha marginado completamente el respeto a los demás. Ojalá sepamos aprender para no tropezar, una vez más, con la misma piedra.

EDUARDO CEBREIROS ÁLVAREZ.

CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *Jaén, de Reino a Provincia. La gestión de la provincia y su territorio en el siglo XIX*, Instituto de Estudios Giennenses, Jaén, 2003, 337 pp.

La organización político-administrativa a nivel territorial conforma, sin duda, un ámbito de extraordinario interés para el investigador. Particularmente sugestivo resulta este estudio en nuestro marco peninsular, donde las distintas demarcaciones se fueron conformando de diferente modo desde la época romana hasta que la revolución liberal

plasmada en los diferentes textos constitucionales configuró una institución que pervive en la actualidad, la provincia.

Precisamente en estos momentos, en los que parece abrirse un interesante debate parlamentario sobre una nueva configuración territorial de nuestro país, resulta muy conveniente dirigir la mirada hacia el pasado y analizar cómo se configuró el régimen provincial durante el siglo XIX. Este es el objetivo principal que persigue el libro aquí recensionado, obra del profesor titular de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén, Miguel Ángel Chamocho Cantudo. Aunque la obra se centra en el caso giennense, en ella podemos encontrar una sólida explicación de la evolución de la estructura territorial de todo el Estado desde el período final del Antiguo Régimen hasta la mitad del siglo XIX.

La monografía se divide en tres capítulos, precedidos de una presentación del profesor Gonzalo Martínez Díez, gran maestro y referente básico para los que, no desde hace mucho, nos dedicamos a este mundo histórico-jurídico. Tras unas reflexiones finales del autor, la obra se cierra con unos interesantes anexos que nos ayudan a comprender, aún mejor, la división territorial española y, sobre todo, la de Jaén, que se detalla de forma minuciosa, incluso con indicación del número de almas de cada división político-administrativa.

El primer capítulo se centra en el estudio de las transformaciones que van a surgir en el viejo Reino de Jaén y que culminarán con la formación de la provincia del mismo nombre. Ello obliga al autor a examinar la organización administrativa de índole territorial desde el siglo XVIII, por lo que se detiene a explicar los corregimientos giennenses y la conflictividad que se suscitará con la recién creada Intendencia hasta que la división competencial entre ambas instituciones venga a paliar un tanto los problemas. Asimismo, en el estudio de la estructura territorial dieciochesca no podía faltar una mención al Conde de Floridablanca. El interés del ministro por conseguir un censo de vecinos de todo el país con el objeto de ordenar el territorio dará origen a su *Nomenclátor*, que es analizado profundamente en el libro, sobre todo en lo que se refiere a Jaén. También se estudia la primera división administrativa del XIX, el sistema prefectural de tipo francés instaurado por José Bonaparte en 1810, y que constituye, a juicio del autor, el primer modelo racional y homogéneo de organización de todo el territorio español. Cierra esta primera parte de la obra un extenso apartado dedicado al examen de la génesis directa de la provincia de Jaén. Desde este momento, el libro nos conduce por un camino de luces y sombras, repleto de proyectos inacabados, que finaliza con la ansiada reforma territorial de la mano del Decreto de Javier de Burgos. La primera piedra en la gestación de la estructura provincial arranca con el artículo 11 de la Constitución de Cádiz, que difiere para un futuro más tranquilo esta división. El debate parlamentario de estos primeros años es analizado, igualmente, por el profesor Chamocho, poniendo de relieve la fuerte disputa entre los diputados más conservadores y el grupo liberal —a la postre el triunfante—, partidario de una nueva organización. El primer intento serio de reforma lo constituirá el Proyecto de Felipe Bauzá, que se apoyará sobre criterios históricos, de población, extensión, morfología, modos de vida, pero fundamentalmente económicos. Estos elementos estarán a partir de ahora siempre presentes en todos los modelos que se pretendan introducir en la discusión sobre la nueva organización provincial. El informe negativo del Consejo de Estado y la vuelta al absolutismo por parte de Fernando VII supondrán el fracaso del proyecto.

Habrà que esperar al Trienio Liberal para que se retomen los trabajos dirigidos a elaborar una división del territorio español acorde con los preceptos constitucionales. El proyecto presentado en Cortes en 1821 es analizado minuciosamente en el libro gracias al examen de los debates parlamentarios que culminarán con la promulgación

del Decreto de 27 de enero de 1822, en vigor sólo durante año y medio, pues el regreso del sistema absolutista supondría la vuelta a la vieja división territorial del Antiguo Régimen. De esta normativa, el profesor andaluz resalta su carácter de provisionalidad ante la falta de datos sobre la riqueza, población y topografía del país. Asimismo, resulta fundamental el papel que se atribuye a las Diputaciones Provinciales que se van a ir constituyendo poco a poco, puesto que serán las encargadas de ir arreglando sus respectivas provincias desde su mejor conocimiento de la realidad de su territorio. Tras el análisis de proyectos posteriores, el capítulo se cierra con el estudio del Decreto de 30 de noviembre de 1833, que es el que da forma a la definitiva división provincial en España y que, en sustancia, se mantiene hoy en día. De él destaca el autor dos aspectos. Por un lado, el que su texto sigue con pequeños cambios el proyecto de 1822 y, en segundo lugar, que se trata de una normativa centralizadora, donde la provincia se entiende como una circunscripción apta para la mejor prestación de servicios por parte del Estado. El Decreto recibió críticas, como su no aprobación como ley en Cortes, por ejemplo, y ello provocó intentos posteriores de reforma que fracasarían y que también son estudiados en esta investigación.

Los dos restantes capítulos de la obra se centran en el examen del territorio provincial giennense. En primer lugar, se desgrana la formación de los diferentes partidos judiciales, demarcaciones fundamentales para un correcto funcionamiento de la administración de justicia así como para el desarrollo de las distintas elecciones de Diputados tanto a Cortes como provinciales. El autor nos describe la evolución desde los seis partidos iniciales que se conformaron en 1813 hasta los once que contemplaba el Real Decreto de 21 de abril de 1834, que tomaba como base la división provincial de Javier de Burgos, así como los posteriores contenciosos, que apenas mostraran cambios significativos. Y a través de este recorrido podemos apreciar el interés de todos los pueblos por convertirse en cabeza de su respectivo partido, puesto que los beneficios económicos y de gobierno que ello les podía reportar eran enormes. Asimismo, conocemos los conflictos y problemas suscitados por los intentos de segregación de pueblos y términos a otros partidos, las pretensiones de cambios de capitalidad o las maniobras de algunos territorios por conformar un nuevo partido judicial, caso, por ejemplo, de Linares y Santisteban del Puerto.

Otro aspecto indudablemente vinculado al estudio del territorio provincial lo constituye la formación de los Ayuntamientos constitucionales en Jaén. El nuevo mapa que se dibuja en este territorio andaluz, aunque no muy diferente del antiguo Reino, va a suponer la necesidad de reajustar términos agregándolos o segregándolos a municipios, o bien, creando alguno nuevo. Aunque, evidentemente, no se analizan todos los cambios producidos, sí se lleva a cabo el examen de los más importantes y que dieron lugar a la apertura de expedientes por la Diputación Provincial. No en vano, la tutela y control de los municipios constituyó una de las más importantes competencias que asumieron las Diputaciones en el nuevo marco jurídico liberal y así fue reconocido en todos los textos constitucionales. El manejo de la documentación custodiada en el Archivo sobre estos aspectos, permite al profesor Chamocho explicarnos pormenorizadamente la agregación de Iberos del Señorío a Iberos del Rey, la formación del Ayuntamiento de Cárcel y su segregación de Carchelejo o la creación de ayuntamientos en el territorio de la extinta Intendencia de Nuevas Poblaciones.

Ineludiblemente unido a todos estos aspectos vinculados a la conformación de nuevas circunscripciones en el ámbito territorial se encuentra el problema de la demarcación o deslinde de los nuevos términos y la división de los fondos públicos entre los pueblos antes unidos y que por una u otra razón se desligan. En esta tarea, también la Diputación Provincial desarrollará una importante labor de tutela y vigilancia. A toda

esta problemática se dedica el último capítulo del libro. De los diferentes expedientes que el profesor Chamocho nos desgana concienzudamente resulta interesante subrayar la enorme duración de todos ellos –algunos conflictos de demarcación se alargan más de treinta años–, lo que no deja dudas de la complicación de estas actividades donde existen muchos intereses en juego, fundamentalmente económicos. Además, también contribuyen a aumentar el retraso las constantes renovaciones de cargos en la Diputación, las revueltas carlistas e, incluso, las dilaciones de las partes implicadas. Es, sin duda, en este apartado, donde se observa de forma más palpable el enorme trabajo de vaciado de documentación de archivo llevada a cabo por el profesor andaluz. Si extractos literales de los expedientes provinciales se encuentran –tanto en nota a pie como en texto– a lo largo de toda la obra, en esta última parte de la monografía se manifiestan aún más para corroborar las afirmaciones del autor en el complejo desarrollo de las actividades de deslinde en numerosos partidos de la provincia.

En definitiva, creo que una de las ideas fundamentales que se pueden extraer de esta magnífica investigación es que, desde un punto de vista geográfico, la provincia de Jaén decimonónica no se diferenciará mucho del territorio conformado durante el Antiguo Régimen. En palabras del autor: «*Nuestro viejo Reino de Jaén ya tenía cuerpo de provincia*». Pero sin duda, si alguna conclusión se puede destacar por encima de las demás, ésta es la función de árbitro y garante del orden constitucional que la Diputación Provincial giennense lleva a cabo, al igual que las del resto de España, en la conformación del territorio. Toda la problemática de la división, sea la creación de partidos o ayuntamientos, sea la demarcación nueva de términos, etc. cuenta con la mirada protectora y el control de esta institución político-administrativa. De hecho, esta monografía constituye el primer resultado de relevancia del proyecto de investigación «*La Diputación Provincial de Jaén (1812-1868)*», financiado por el Instituto de Estudios Giennenses y del que forma parte el autor. Esperamos ansiosos la culminación del estudio institucional de esta Diputación con la publicación de las investigaciones llevada a cabo sobre la estructura, funcionamiento y demás competencias de la misma.

EDUARDO CEBREIROS ALVAREZ

ESTRADA RIUS, Albert: *Organització institucional i construcció naval a la Corona d'Aragó*, Museo Marítim, Barcelona, 2004, 253 pp.

Somos bibliográficamente deficitarios en obras sobre las instituciones histórico-jurídicas referentes al ámbito marítimo. Por eso es digna del mayor interés una obra como la que acaba de publicar el Profesor Albert Estrada. Por eso y, bien entendido, por las excelentes cualidades intrínsecas que se perciben en la misma.

En principio resulta difícil compartir el humilde propósito que declara el autor haberle animado en su investigación: recapitular, ordenar y sintetizar los datos existentes con el fin de detectar lagunas y problemas para así abrir futuras vías de investigación. No hay por qué dudar de que ese fuera el punto de partida, pero lo cierto es que el punto de llegada, la obra realizada, es mucho más que todo eso. Es una obra minuciosa, bien cimentada bibliográfica y documental, bien sistematizada, bien escrita e incluso bien editada.

Tras una *Presentación* del volumen por Roger Marcet, Director General del Consorcio de las Atarazanas Reales y Museo Marítimo de Barcelona, celebrando la contribución de la obra al mejor conocimiento de la institución y del propio edificio de las Atarazanas, el autor da inicio a su trabajo con una breve *Introducción* en la que encuadra el mismo dentro del amplio proyecto de investigación puesto en marcha por el Museo Marítimo para conocer mejor la historia de la institución naval catalana.

Efectuado este preámbulo se entra en materia contextualizando brevemente la importancia y el cometido que las atarazanas tuvieron en el occidente medieval europeo para descender al detalle de su presencia y necesidad en una corona que, como la de Aragón, manifestó desde sus primeros momentos históricos su vocación y expansionismo marítimo por el Mediterráneo. Uno de los instrumentos de esta política fue el mantenimiento de una flota cuyas naves no sólo deberían actuar en esta dimensión ofensiva sino también en la defensiva del conjunto territorial de soberanía aragonesa. Es por ello que la magnitud de la empresa naval desbordará en no pocas ocasiones los recursos propiamente reales y obligará a la implicación en dicha problemática de otras grandes instituciones como eran la Diputación del General y el Ayuntamiento (cap. 1). Tal circunstancia contribuye a explicar la magnitud e importancia de las instalaciones navales ubicadas en la ciudad de Barcelona, en cuanto que en ella coexistieron tres establecimientos de este tipo con entidad propia y diferenciada: la atarazana real, la atarazana del General de Cataluña y la atarazana específica de la ciudad de Barcelona (cap.2). La implicación de estas dos entidades, de manera complementaria y subsidiaria a la actuación real, originó un entramado de compromisos y mutuas relaciones del que quedó constancia en los pertinentes instrumentos jurídicos que constantemente abordaron su problemática.

En cuanto a la materialización de la construcción, el autor analiza las distintas etapas que enmarcaban el nacimiento y mantenimiento de los navíos. Se trata de un proceso que partía de la decisión política de su construcción y recaudación de los cuantiosos fondos económicos necesarios para efectuarla, y que llegaba al no menos complejo proceso de su materialización con la problemática obtención de la madera, los clavos, la impermeabilización del casco y, en suma, la instalación del complejo y variado aparejo de remos, velamen, anclas, decoración, y provisiones de medicinas y alimentos con los que la galera debía salir finalmente dotada. No es necesario resaltar que la consecución de todas esas tareas presuponía la puesta en marcha y el correcto funcionamiento de todo un aparato administrativo y de un personal cualificado encargado de garantizar el éxito de la empresa (cap. 3).

Por otra parte, el autor no olvida que al elemento material de la galera había que sumarle el no menos importante elemento humano, una tripulación integrada por marineros y soldados que fue reclutada por procedimientos diversos y sobre la cual el capitán de la armada ejercía el consiguiente control y jurisdicción. A todos estos problemas y cuestiones se hace también minuciosa referencia abordando los problemas más importantes a que dieron lugar (cap. 4).

Por último, uno de los más amplios capítulos de su obra es el que se dedica al tratamiento de la sede de la Atarazana Real de Barcelona (cap. 5). En él se pasa revista a las distintas fases de la construcción del conjunto de edificios que formaban la atarazana y que sirvieron tanto de lugar de construcción y desguace de los navíos como de su reparación e invernada anual. Un recinto amplio, complejo arquitectónicamente (pues debe guardar proporción con las dimensiones de los navíos en él construidos o estacionados), un espacio además que por el valor de los elementos que alberga debe estar protegido y cerrado y, por supuesto, permanentemente vigilado. Las obras de ampliación y remodelación de la construcción, que se suceden de forma casi ininterrumpida a lo largo de los siglos, dificultan todavía hoy su exacta datación y alcance, una tarea en la que los trabajos arqueológicos resultan imprescindibles.

El libro termina con una breve *Conclusión* a la que sigue un *Apéndice Documental* en el que se insertan diez documentos originales sobre materia diversa (y que, como resulta obvio, tan sólo pretenden ser una muestra de la variada y amplia documentación existente sobre el tema) y la ineludible relación de *Fuentes y Bibliografía*.

Es de esperar que la sugestiva obra del Profesor Estrada consiga (como él mismo reclama) la puesta en marcha de ese necesario esfuerzo colectivo de historiadores y arqueólogos encaminado al mejor conocimiento de tan importante institución marítima catalana.

A. BERMÚDEZ

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, séptima edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, 458 pp.

Elaborar una reseña de una obra de investigación obliga al que la suscribe a hacer un ejercicio de dominio académico, de experiencia dilatada sobre la materia de conocimiento que trata un libro acabado de publicar, que sale de la imprenta con la frescura y la perfección que todo investigador –por principio– persigue. Con estos presupuestos de partida, el recensor –cual es mi caso– puede estar cometiendo una osadía, si el objeto de su crítica lo constituye el trabajo de un A. que en el decurso de más de dos decenios se ha dedicado con inagotable esfuerzo y pródigos frutos al cultivo del Derecho Público Romano. Así las cosas, acaba de ver la luz la séptima edición del manual del Prof. Antonio Fernández de Buján, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid y el hecho de que una obra proveniente del ámbito académico alcance tan elevado número de ediciones en tan breve lapso temporal, constituye –a mi entender– el primero de los muchos motivos de encomio que suscita y –aspecto éste en absoluto baladí– demuestra su amplia aceptación por el exigente sector de lectores al que va destinada.

La primera edición de este libro comenzó a gestarse en 1996; pero ya, desde su inicial salida en caracteres impresos, se infiere nítidamente que es consecuencia de una investigación a la que –ya por entonces– el A. había dedicado largos años de reflexión previa. Sus sucesivas reelaboraciones, por lo demás, han requerido y mezclado multitud de elementos desarrollados a lo largo de casi dos lustros y la posterior e imprescindible labor sistematizadora y actualizadora. Es lugar común que la calidad de un manual de Historia depende de dos factores: su capacidad para incorporar los avances registrados en la investigación especializada y su inteligencia para interrogar al pasado sobre las cuestiones que interesan al presente. En estos tiempos que corren en los que se están produciendo auténticos movimientos telúricos en el diseño de los futuros planes de estudio y de los que depende la supervivencia de nuestra asignatura, la reivindicación del Derecho Público de Roma como materia de estudio proporciona a los cultivadores del Derecho Constitucional una muestra, verdaderamente ejemplar, de la suerte que en ella corrieron casi todas las formas de gobierno que hoy conocemos, proporcionando así una ocasión única para contrastar su verdadero valor y eficacia. Asimismo, el penalista y el procesalista modernos hallarán en Roma la cuna de la mayor parte de los conceptos que hoy manejan. Con estas palabras, tan expresivas, se pronunciaba el ilustre romanista Ursicino Álvarez en 1955¹; siguiendo el pensamiento

¹ URSICINO ÁLVAREZ: *Curso de Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, I, Madrid, 1955, p. 71.

al respecto que, con claridad paladina, expuso su maestro, el injustamente preterido José Castillejo². Pero lo cierto es –como es sabido– que el cultivo y el estudio de la denominada «historia externa» del Derecho Romano sufrió una drástica reducción tras nuestra contienda civil³, constriñendo la materia al iusprivatismo y practicando con el Derecho público lo que Abellán Velasco muy gráficamente califica de *damnatio memoriae*⁴.

Al socaire de los tiempos postbélicos, generaciones de romanistas españoles han monopolizado sus investigaciones en el campo iusprivatístico, aplicando a ultranza –los más de ellos– los métodos de la filología hasta caer en la hipercrítica. Como ha puesto de manifiesto Pablo Fuenteseca⁵: «pretendían reconstruir el Derecho Romano lo más científicamente posible, operando sobre los textos jurídicos únicamente con criterios filológicos, y relegando el contexto socio-político en que tienen su raíz las soluciones jurídicas. Estos excesos del llamado método histórico-crítico fueron una de las causas de que se hablase de crisis del Derecho Romano». Si queremos –como es obvio– que el Derecho Romano sobreviva como asignatura curricular en los planes de estudio que se están fraguando, no debemos cortar los multiseculares lazos que nos unen con los demás juristas; no podemos, en definitiva, abjurar de nuestra condición del profesores de Derecho, porque ello depararía nuestra erradicación del elenco de disciplinas jurídicas. Pero esta urgencia en alejarnos del especialismo puro y simple, requiere del romanista un elevado grado de formación general que le permita abandonar esa visión minimizada de las instituciones⁶, ya que la solución jurídica obedece siempre a un cuadro de necesidades sociales y económicas que se hallan detrás del planteamiento del texto jurídico formalizado en un lenguaje técnico. De ahí que la ela-

² «La Historia del Derecho romano –escribía el hombre clave de la Institución Libre de Enseñanza– se ha considerado de un valor especial para la educación de los juristas: a), por ser el más acabado sistema que la humanidad ha producido, y b), por ofrecernos el ciclo completo de una evolución jurídica, a lo largo de trece siglos, en sus atisbos prehistóricos, en su infancia fresca y espontánea, en su madurez filosófico-crítica, en su endurecimiento y cristalización y, por último, en su transfusión a otros pueblos hasta nuestros días». Cfr. CASTILLEJO, J., *Historia del Derecho Romano. Política, Doctrinas, Legislación y Administración*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, p. 6. Cito por la reimpresión que con una «Introducción» a cargo de Abellán Velasco, publicó la editorial Dykinson en 2004.

³ Harto rotundas son las palabras de A. D'ORS cuando afirma que «en España, a partir de 1940, los estudios romanísticos se inclinaron a su conveniente contenido, que no era otro que la primacía del Derecho privado». Cfr. «Nota necrológica a José Arias Ramos», en *AHDE XXXVIII* (1968) p. 806.

⁴ ABELLÁN VELASCO, M., «Introducción», cit., p. III. Con amplitud se ocupa de investigar este largo período de preterición de la «historia externa» del Derecho Romano: CARRASCO GARCÍA, C., en «La Historia del Derecho Romano de Castillejo. A propósito de su reimpresión», en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad* 7 (2004) pp. 32 ss.

⁵ FUENTESECA DÍAZ, P., *Historia del Derecho Romano*, Europa Artes Gráficas, Madrid, 1987, p. VI. El mismo A. se ocupa con mayor profundidad de esta cuestión en «Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho Romano», en *RDN* (1955) pp. 183-207 y en «Un treintenio de Derecho Romano en España: Reflexiones y perspectivas», en *Estudios Homenaje al Prof. Ursicino Álvarez*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1978, pp. 155 ss.

⁶ ABELLÁN VELASCO ha señalado con claridad meridiana la preocupación constante de Castillejo y de su mentor Giner de los Ríos acerca de qué tipo de formación generalista o especializada tenía que recibir quien se prepara para profesor universitario. A su juicio, el dilema es resuelto de forma contundente por Castillejo, quien parece tenerlo muy claro, en los siguientes términos. «... solamente siendo un hombre culto se puede ser especialista serio»; «la formación general se

boración de un estudio de la calidad científica de la que recensionamos constituya un objetivo ambicioso sólo asumible por quien aunara un fluido manejo de las fuentes jurídicas y literarias, una vasta formación histórica y una preocupación especial por el Derecho Público Romano. Tales condiciones se conjugan y se conjugaron de una manera luminosa en su autor en el momento de escribir este libro.

La obra objeto de nuestro comentario se estructura en veintidós capítulos donde, con precisión cartesiana, se va acometiendo un análisis pormenorizado de las fases fundamentales del Derecho Romano, resaltando sobre todo aquellos aspectos a los que ha de hacerse referencia al explicar sus conceptos básicos y sus instituciones. Ello permite al A. ofrecer una primera aproximación a la llamada «experiencia jurídica romana» y a sus fuentes, al mismo tiempo que se explican sucintamente las características fundamentales de los métodos básicos de investigación romanística. De este modo, el libro obedece a la convicción –largamente compartida por la romanística más moderna– de que solamente pueden comprenderse las instituciones jurídicas romanas si se encuadran en el marco político del que surgieron. Supuesto que el Derecho nace y evoluciona al compás de la historia social, económica y política de los pueblos, es indispensable el recurso a la interdisciplinariedad, en cuanto ésta significa y existen en el A. la capacidad de establecer relaciones rigurosas entre distintos ámbitos de conocimiento y realidades que se condicionan y complementan entre sí. Manejar con pericia inusitada materiales tan heterogéneos constituye una singularidad digna de mención expresa en unos tiempos como los actuales tan proclives a la hiperespecialización.

De otro lado, el segundo conjunto de cuestiones al que ha prestado lúcida atención el investigador, el que refleja su talla como tal es, precisamente, su cuidadosa valoración del papel desempeñado por la jurisdicción voluntaria y sus diferencias con la contenciosa, cuestión ésta objeto de dispares criterios doctrinales, pero a cuya clarificación ha contribuido decisivamente Antonio Fernández de Buján con diversas monografías⁷, muy positivamente valoradas por la romanística⁸.

No es fácil para un recensor que comparte tantas preocupaciones intelectuales con el A., hacer una valoración distanciada de esta obra. Obviamente, el propio carácter didáctico del libro ha obligado al A. a realizar un laborioso ejercicio de síntesis que no empece, en modo alguno, lo esclarecedor de sus opiniones al respecto y la rotunda lección que ofrece al presente en cuanto capítulo decisivo de la historia jurídica europea. A modo de conclusión cabe calificarla de obra ejemplarmente documentada, escrita con elegancia y fuerza y con una coherencia interna que sólo se logra tras muchos años de reflexión y trabajos previos. Parafraseando a Eugenio D'Ors finalizamos diciendo que se trata de uno de esos libros que se sorben de un tirón, casi sin respirar, y que se mantienen sin cerrar al llegar a la última página, con el disgusto de que no siga.

LUIS RODRÍGUEZ ENNES

antepone, o al menos se simultanea, con el estudio de una rama», ideas en las que confirma la opinión que Giner le había expuesto en varias ocasiones cuando se referían en su correspondencia a este asunto (Cfr. «Introducción», *cit.*, p. XX. Las cartas de Giner propugnando que «el especialista debe ensanchar y formar su espíritu y darle un sentido abierto» aparecen reproducidas en *ibid.*, nt. 48).

⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid, 1986; I D., *La Jurisdicción voluntaria* (Madrid, 2001).

⁸ Baste a título meramente ejemplificativo lo que escribe AMELOTTI en el prólogo a la edición de 1986: «Bene a fatto Antonio Fernández de Buján a colmare una lacuna della bibliografía romanistica con il presente lavoro (...) rigoroso e importante»... (Cfr. pp. 9-10).

FERNÁNDEZ CATÓN, José M.^a; FERNÁNDEZ FLÓREZ, José A. y HERRERO DE LA FUENTE, Marta: *Colección diplomática del Monasterio de Sahagún. VI. Índices, León, 1999.* **FERNÁNDEZ CATÓN, José M.^a:** *Index Verborum de la documentación medieval leonesa. Monasterio de Sahagún (857-1300), 2 vols., León, 1999.*

La Colección «Fuentes y estudios de Historia Leonesa», bajo la sabia mano de su director, D. José M.^a Fernández Catón, ha producido a lo largo de los últimos treinta años más de noventa volúmenes consagrados a la historia del reino de León, entendida esta categoría en su acepción más amplia tanto desde el punto de vista cronológico como del geográfico. En el campo de la edición de fuentes sus dos realizaciones más ambiciosas son las Colecciones diplomáticas del Monasterio de Sahagún y de la Catedral de León, que han puesto al alcance de los historiadores medievalistas sus riquísimos fondos en volúmenes cuidadosamente confeccionados, pulcros en su presentación y ejemplares por su factura académica. Del diplomatario de la catedral han aparecido hasta la fecha dieciocho volúmenes, quedando sólo uno pendiente de publicación. Los índices correspondientes verán la luz previsiblemente antes de que finalice el presente año.

La *Colección diplomática del Monasterio de Sahagún (857-1300)*, a la que sirven de colofón los tres volúmenes de índices que reseñamos, consta de cinco tomos que fueron publicados entre 1976 y 1993 por José María Mínguez Fernández (I: *siglos IX-X*), Marta Herrero de la Fuente (II: *1000-1073*, y III: *1074-1109*) y José Antonio Fernández Flórez (IV: *1110-1199*, y V: *1200-1300*). Un volumen más, el VI, consagrado a los diplomas del período 1300-1500, surgió de la iniciativa del profesor Vicente Álvarez Palenzuela y apareció después, con índices independientes.

La importancia del diplomatario de Sahagún se halla vinculada al volumen extraordinario de su documentación, que integran un total de 1902 diplomas hasta el año 1300 y no tiene parangón en el panorama de la documentación monástica castellano-leonesa, y por la importancia histórica de ese cenobio situado en la línea de contacto entre las franjas astur-leonesa y cántabro-castellana del Reino de León, centro cultural y económico donde convergieron las corrientes procedentes de las distintas áreas del reino y protagonista de procesos relevantes, en particular los vinculados a la reforma eclesiástica de los siglos XI y XII.

Tanto el volumen de *Índices* como los dos que integran el *Index Verborum* han sido el resultado de un proyecto laboriosamente gestado, objeto de varias ampliaciones, muy ambicioso en cuanto a volumen y organización de contenidos e innovador desde el punto de vista metodológico. Los tres tomos han visto la luz el mismo año de un modo intencionado, por tratarse de obras que se complementan entre sí. El de *Índices* constituye el tomo 40 de la Colección (porque en la intención primera debió aparecer a continuación del vol. V de la Colección diplomática, tomo 39 de la Colección, publicado en 1993) y los del *Index Verborum* son los tomos 80 y 81.

La confección de los índices ha sido posible gracias al tratamiento informático exhaustivo de que ha sido objeto toda la documentación de Sahagún, con técnicas que no hubieran sido posibles hasta tiempos recientes, que ha obligado a escanear los tres primeros volúmenes del diplomatario, editados por los antiguos sistemas de monotipia y linotipia. Tan considerable tarea forma parte de un proyecto que se inauguró en 1989 con la creación del *Archivo Informático de la Documentación leonesa*. Otro hito se localiza en el I Congreso Nacional de Latín Medieval celebrado en la Universidad de León en 1993, cuando Fernández Catón dió a conocer el proyecto de formación de un *Lexicon Latinitatis Medii Aevi* referido a los reinos occidentales peninsulares, del que

el *Index verborum* de la documentación de Sahagún iba a ser su primera aportación personal, destinada a ampliarse con el correspondiente al diplomatario de la Catedral de León.

El *Índice* se organiza en tres apartados dedicados a antropónimos, topónimos y cargos, oficios e instituciones, e incorpora al final un catálogo sistemático de invocaciones monogramáticas y verbales, otro de citas bíblicas y un tercero de citas del «Liber Iudicum», este último integrado por sólo siete entradas. El *Index verborum*, además del catálogo alfabético de *verba*, que cubre la mayor parte de los dos tomos y es en sentido estricto un *Index formarum* planteado con ambición de exhaustividad, incluye una útil tabla de correspondencias, con la fecha y fuente de cada diploma numerado, y un interesante índice de *numeri*, en el que sobresalen el catálogo de *cardinales*, con una sugestiva relación de productos, ponderaciones, medidas y monedas, y el de *menciones cronológicas*, valioso para el estudio, tan delicado a veces, de los elementos cronológicos de la datación. El *Index Verborum* es extraordinariamente meticuloso: tanto que, además de señalar los documentos en que figura cada palabra, especifica el número de veces que cada una aparece en cada documento. Del gusto por la precisión de Fernández Catón da idea el hecho de que, habiendo detectado un cierto número de formas extrañas, tuvo el ánimo necesario para comprobarlas una por una en los originales, de modo que el índice incorpora lo que puede considerarse una «fe de erratas» de los documentos de Sahagún.

El material resultante, ordenado de un modo claro e inteligente, ofrece enormes posibilidades a los investigadores en múltiple campos, histórico, filológico, toponímico, jurídico e institucional, paleográfico y diplomático. Mole de datos, señalan J. M. Pérez de Bustamante y J. E. López Pereira en el prólogo del *Index*, que no se halla exenta del «riesgo del exceso» y obligará a los investigadores a desplegar nuevos métodos de análisis y técnicas de aprovechamiento de datos. Pero, según apuntan ellos mismos, «más vale tener que desear».

El manejo de tan copiosa masa de datos comporta sin duda un considerable desafío y requiere esfuerzos de interpretación del material suministrado cuyo carácter diferirá según el enfoque de cada investigador. Tanto el *Índice* como el *Index verborum*, en sus respectivas introducciones, ofrecen orientaciones y sugerencias valiosas al respecto. Se insiste, por ejemplo, en la necesidad de considerar, para una adecuada valoración de cualquier vocablo, si el documento en el que figura es auténtico o falso y si es original o copia, y, en este caso, si se trata de copias en códices diplomáticos o de copias auténticas, autógrafas, figuradas o imitativas, simples, etc., puesto que en función de tales circunstancias puede variar sensiblemente su grado de fiabilidad. Así mismo, se describen con detenimiento las características del *Becerro Gótico* de Sahagún, compuesto a principios del siglo XII por el conocido escriba Munio, porque es el vehículo transmisor en exclusiva del 60 por 100 de los diplomas anteriores al año 1110 y comporta correcciones en su tenor que es preciso no perder de vista.

Las circunstancias citadas revisten una importancia principal en el análisis filológico, diplomático o paleográfico, y pueden tenerla también en muchos casos cuando el enfoque es cultural, histórico o jurídico. El investigador deberá recurrir, para aquilatar las noticias que le proporcionan los índices, a los encabezamientos de los diplomas que disponen de cuidadas referencias sobre la naturaleza diplomática de cada texto. A este respecto los autores de los índices llaman la atención sobre el hecho de que las normas de transcripción y criterios de edición del primer volumen diplomático, obra de Mínguez Fernández, no coinciden con los utilizados en los cuatro restantes, más apegados a la grafía original y más precisos y categóricos en lo que hace a la identificación de originales/copias y modalidades escriturarias. Dificultad o limitación nada desdeñable si se tiene en cuenta que la documentación del primer volumen constituye precisamen-

te, por su antigüedad, el acervo donde la problemática relativa a la ingenuidad y caracteres escriturarios de los diplomas es más comprometida y difícil de elucidar.

No me resisto, para terminar, a enunciar un ejemplo ilustrativo de la utilidad de unos índices de esta naturaleza, referido a uno de los oficiales más característicos del *Palatium-Curia* castellano-leonés en la alta Edad Media, el *armiger regis*, denominado *alférez* y *signifer* a partir del siglo XII. Es asunto del que me he ocupado en alguna ocasión. La voz «armero» del *Índice* (traducción en nuestra opinión desacertada de *armiger*) figura en 196 diplomas comprendidos entre finales del siglo X y el año 1280, de ellos 117 anteriores al reinado de Alfonso VII. La voz «alférez» lo hace, por su parte, en 55 diplomas que van de 1131 a 1250, y «signífero del rey» en 99, entre 1126 y 1293. Ninguna de las dos últimas designaciones comparece en diplomas anteriores a Alfonso VII y ello confirma de modo indubitable el dato apuntado por algunos autores de que su introducción se produjo a comienzos de ese reinado, en detrimento del término *armiger regis*, el único utilizado hasta entonces de modo exclusivo. El cotejo de los datos disponibles evidencia que el término *armiger*, en contra de lo que se ha escrito en alguna ocasión, no declinó sino que siguió utilizándose incluso con frecuencia superior al término *alférez*, y que, de los tres, el más utilizado (casi el doble que *alférez*) fue el término *signifer*. Otras observaciones sobre el mismo asunto podrían deducirse fácilmente de la consideración pormenorizada de las series citadas, de resultados de un trabajo que resultaría muy costoso si no se dispusiera de ellas. Y es evidente que, cuando estén disponibles los índices de la Colección de la Catedral de León, investigaciones de ésta y otra naturaleza podrán resolverse con rapidez y fiabilidad en un horizonte que, por su amplitud, abarcará prácticamente al conjunto del reino de León.

ANDRÉS GAMBRA

FONTANALS, Reis: *L'aigua a Ciutat de Mallorca. La síquia de la vila al siglo XIV*, Leonard Muntaner Editor, Palma, 2004, 230 pp.

Reis Fontanals publica este trabajo sobre la configuración histórica del sistema de abastecimiento de agua en la Ciudad de Mallorca y la organización del regadío de su huerta entre los siglos XIII y XIV. Todo ello a partir de los textos jurídicos que la autora ha podido consultar, en especial el llamado *Códex Sagarriga* (1381-1385).

En su breve introducción Fontanals se refiere a los problemas históricos de abastecimiento de agua de la isla de Mallorca con un bajo índice de plubiosidad, y a los sistemas de captación del agua subterránea y su transporte a la ciudad.

En el primer capítulo del libro la autora trata a manera de una introducción mucho más amplia, del problema secular del abastecimiento de agua a los grandes núcleos urbanos. Abastecimiento relativo al consumo humano y para el riego de los huertos, para los baños públicos, para el funcionamiento de los molinos, etc. Y se repasa brevemente la forma en la que algunas ciudades resuelven el problema en la edad media; son los casos de Barcelona, Manresa, Terrassa, Sabadell, Borriana y otras ciudades del reino de Valencia, Murcia, algunas ciudades del reino de Castilla e incluso ciudades italianas y de otros reinos de Europa occidental. Fontanals distingue el período musulmán en el que abundan las casas de baños que requieren un gran caudal de agua permanente, frente a los nuevos usos que se imponen el siglo XIII como es la explotación de molinos y el abastecimiento de gremios y cofradías de oficios.

El capítulo segundo se centra ya en la Mallorca del siglo XIV, centro del reino de Mallorca constituido a la muerte de Jaime I, con sus otros dominios insulares, roselloneses y occitanos. Fontanals refiere primero cuáles eran los recursos con los que la ciudad contaba en ese momento: la *Font de la Vila* un surtidor natural que fluía hasta la acequia que la llevaba a la ciudad (la *Sèquia del la Vila*), y la *Font de Canet* con su acequia destinada ésta principalmente al regadío. Esta red de conducción que ya existía en la época de dominación musulmana, será modificada por los nuevos pobladores catalanes del territorio; de ello y de los conflictos que se suscitaron entre los habitantes llegados con Jaime I (1229) se encuentran indicios en el *Llibre del Repartiment de Mallorca*, redactado 125 años después, cuando se hizo el reparto definitivo de la isla entre los nuevos pobladores catalanes. Esos conflictos que genera la distribución del agua entre la ciudad y el campo, intentan resolverse mediante un convenio de 1239, fijando el destino y el reparto del agua que llegaba por turnos según el horario solar (del día y de la noche); asimismo se fijan ciertas normas sobre la captación de las aguas y la conservación de las acequias y las sanciones a imponer a quienes las infrinjan (se limitan particularmente los derechos de los infantes Pedro de Portugal y Nuño Sancho, primos del rey y que le han ayudado en la conquista de Mallorca, así como de la Orden del Hospital). Estas normas se refieren también al oficio de «sequiers», encargados del reparto del agua y que debían jurar sobre los Evangelios cuando tomaban posesión del cargo, que repartirían el agua según lo concertado.

Los litigios subsisten hasta que el rey Pedro III escribe al gobernador o a su lugarteniente en Mallorca ordenándole que revise los cánones de la acequia de la Villa y que los reduzca a como estaban fijados según costumbre (debían ser 30), dejando sin efecto las concesiones reales posteriores a 1343 (hechas por el mismo monarca). Así el lugarteniente Llagostera cumple finalmente esa orden aunque espera a 1356 (a requerimiento del síndico de los jurados de la ciudad). Además esta sentencia fija entre otras, la forma de los cánones según su concesión, que esos cánones fueran de cobre y de «cana», y que la acequia debía tener un ancho de 5 palmos de «cana» de Montpellier.

Aún así, el conflicto no se resuelve y esta situación se hace especialmente patente con ocasión de la gran sequía de 1381, cuando los jurados de Mallorca, el procurador real y el hortelano del castillo real acuden ante el gobernador Francesc Sagarriga para que intervenga y acaben los abusos que se producen en el uso y consumo del agua por parte de algunos particulares. Desde 1343 el reino de Mallorca se ha reincorporado a la Corona de Aragón, y en este conflicto deberá intervenir el propio Pedro el Ceremonioso, anulando en un primer momento todas las concesiones de agua que él mismo había hecho desde aquél año hasta entonces, en 1381. Mientras, el pleito seguía su tramitación ante el gobernador Sagarriga; y para poder conocer con exactitud la situación real de la acequia de la villa se elabora un informe que recibe el título de *Códex Sagarriga*, y en él se censan 82 cánones o tomas de agua dentro de la ciudad con 156 usuarios (los jurados los reducían a 59 y 59 respectivamente).

El capítulo 4 de la obra trata acerca de la topografía de la ciudad, a partir sobre todo de los documentos conservados del proceso de Sagarriga y del *Llibre del Repartiment*. Y así la autora nos describe y relaciona con cierto detalle por ejemplo la fortificación de la ciudad y sus puertas, los barrios, sus calles y sus plazas, sus fuentes y sus abrevaderos, los edificios religiosos y los civiles, las casas de baños, el burdel de la ciudad, los mercados, los hornos, etc. Y de la misma manera se traza el itinerario de la acequia de la villa dentro de la ciudad y el de la de la huerta con los molinos.

De todas maneras, Fontanals se ocupa con más detalle del regadío en el capítulo quinto de su libro. Explica los sistema de percepción del agua: por tandas, en horas establecidas; y por cánones, percepciones semanales abiertas de sol a sol. Y el servicio

era gestionado por un *sequier*, que debe velar por el funcionamiento del regadío. Asimismo se detalla el régimen de consumo y de mantenimiento de la red de regadío, así como las condiciones de establecimiento y explotación de molinos. A partir precisamente de toda esta información, la autora detalla también los tipos de cultivos existentes en la huerta mallorquina en ese siglo XIV (hortalizas, viñas, frutales) y de los mercados de abastecimiento (especialmente de Aix-en-Provence y Palermo).

El capítulo sexto finalmente se ocupa de los usuarios del agua, y aquí los relaciona; son de los propietarios nobles, mercaderes, cargos públicos (jurados, bailes, veguer, procurador real, etc.), abogados y procuradores, artesanos, etc. Menciones a parte merecen los judíos y los cánones eclesiásticos.

Ya de acuerdo con sus conclusiones, la autora consigue mostrar cómo «la sociedad catalana instalada en Mallorca el 1229 consigue ajustarse y acoplarse a unas tierras y una ciudad adquiridas violentamente... en las que funcionaban unos sistemas de captación y reparto de los recursos hidráulicos desde hacía siglos, creados y organizados por una sociedad musulmana».

Se trata pues de un excelente y completo trabajo, sobre los derechos del agua, de su captación y consumo públicos; se trata de un tema de sumo interés en muchos aspectos para el conocimiento de la historia general de Mallorca, y especialmente por el régimen jurídico del agua, un bien de primera necesidad objeto también de protección especial para garantizar su suministro a la población.

JOSEP SERRANO DAURA

DE CALLEJA PUERTA, Miguel: *El fuero de Llanes*. Edición Crítica, Editorial Sueve, Oviedo, 2003.

Se felicita María Josefa Sanz Fuentes en su *Prólogo* a esta edición por la aparición de una nueva y más crítica edición del Fuero asturiano. Y, en efecto, aunque se disponía de una versión del texto publicada en 1918 por Adolfo Bonilla y San Martín en base a un ejemplar del mismo procedente de una confirmación del texto foral por los Reyes Católicos (conservada en el Ayuntamiento de la villa de Llanes), el texto ahora editado intenta ampliar y contrastar dicha edición con la de otros ejemplares hasta ahora no utilizados. Se trata concretamente de dos ejemplares, uno de ellos procedente de la Real Biblioteca y otro de la Colección Jovellanos de la Real Academia de la Historia muy interrelacionados ambos por su común procedencia de un privilegio confirmatorio del Fuero realizado por Juan I en 1383. Es esta segunda línea de transmisión del texto, poco o nada conocida, la que ahora se edita.

Naturalmente, y como no podía ser menos, a la edición propiamente dicha le precede un documentado y minucioso estudio justificativo de la empresa que se acomete y de la pretensión de complementar y enriquecer con ella la edición foral hasta ahora existente (Introducción). A este preámbulo le hace seguir el Profesor Miguel Calleja una contextualización del momento histórico asturiano en el que hace acto de presencia el Fuero de Llanes (II), y un subsiguiente y pormenorizado estudio de los manuscritos transmisores del mencionado Fuero (III). Es aquí donde el autor desciende al análisis pormenorizado de lo que serán las dos grandes vías transmisoras del texto foral: por un lado, la confirmación de Juan I, y, por otra, la de los Reyes Católicos. Respecto a cada uno de ambos

textos se establece su correspondiente sintagma codicológico y documental. Unas breves Conclusiones (IV) y una minuciosa Bibliografía (V) cierran esta parte de la obra.

La Edición del Fuero (VI) ocupa obviamente el cuerpo central y el apartado más extenso del libro. A la hora de proceder a esta tarea, el autor ha optado, muy plausiblemente, por una versión a doble columna. En la columna de la izquierda se ha ubicado el texto de 1383, con las correspondientes variantes a pie de página de sus más importantes textos transmisores. En la columna de la derecha se ha realizado otro tanto con el texto de 1481. La edición se ha llevado a cabo siguiendo las normas de crítica textual de la Comisión Internacional de Diplomática, y denota toda ella un rigor y alto nivel crítico.

Por último, el volumen se cierra con un *Epílogo* sobre los orígenes de la villa de Llanes que realiza el Profesor Juan Ignacio Ruiz de la Peña. En el mismo, el medievalista asturiano ofrece una breve pero magistral panorámica del nacimiento de la villa como consecuencia de la política de reactivación económica de la franja costera cantábrica llevada a cabo por Fernando II y Alfonso IX. Una villa portuaria de fecha fundacional todavía incierta que experimenta un relanzamiento en época de Alfonso X para consolidarse definitivamente a principios del xiv.

Aunque desgraciadamente seguimos sin contar con el original del Fuero de Llanes, la presente edición, efectuada en base a su confirmación en 1383 por Juan I, suministra un material de trabajo que complementa y enriquece la versión habitualmente por todos utilizada de 1481.

A. BERMÚDEZ

GARCÍA SÁNCHEZ, J.: *Arias Piñel, Catedrático de Leyes en Coímbra y Salamanca durante el siglo XVI: la rescisión de la compraventa por «laesio aenormis», Salamanca, 2004, 316 pp.*

Arias Piñel era natural de Sesimbra, distrito de Setúbal. Ignórase la fecha de su nacimiento, que debió ocurrir entre 1512 y 1517. Fueron sus padres Tomás Piñel y Beatriz Caldeyra, y tuvo entre seis o siete hermanos, uno de los cuales quedó como tutor de sus hijos menores. En la tercera década del siglo xvi acudió a las aulas universitarias salmantinas para graduarse en Leyes, compartiendo discencia con personalidades tan significativas como Diego de Covarrubias y Leyva, Diego de Simancas, Antonio Agustín, Juan de Orozco, etc.

Para obtener el título de bachiller en Salamanca el 5 de mayo de 1535, asistió a la disciplina del eminente legista Dr. Antonio Gómez. Prosiguió sus cursos para acceder a la licenciatura, asistiendo a las clases de los prestigiosos maestros del Estudio salmantino, como eran Pedro de Peralta, Álvaro de Paz o el Dr. Navarro.

A iniciativa del rey portugués D. Juan III, fue incorporado al claustro de profesores del Estudio Conimbricense en 1539, permaneciendo ininterrumpidamente en esta tarea académica hasta el año 1548, en el que tuvo la lección magistral prevista durante la visita al recinto universitario conimbricense del Príncipe portugués.

Por motivos un tanto oscuros, en el verano del último año citado abandona voluntariamente la tarea docente y se trasladó a Lisboa para ejercer como abogado en la Casa de Suplicación. Durante los dos años se ganó el mayor prestigio como letrado ante el principal tribunal regio. En virtud de nombramiento regio y por mandato del monarca portugués, volvió al Estudio conimbricense en febrero de 1556, otorgándole la titulari-

dad de la cátedra de Vísperas de Leyes, al mismo tiempo que estaba nombrado desem-bargador de la Casa de Suplicación.

Esta nueva etapa académica en el Estudio de Coímbra concluye en el verano de 1559. Por motivos que hoy resultan igualmente imprecisos, retorna a la Ciudad del Tormes, donde reside transitoriamente con la protección de generosos caballeros salmantinos y nobles hispanos que acuden a las aulas universitarias.

Su brillante *curriculcan vitae* y la sólida formación adquirida, así como la experiencia profesional como abogado, le permiten dedicarse profesionalmente al asesoramiento legal de personas vinculadas a las casas nobiliarias de mayor relieve, así como opositar en noviembre de 1561 a la cátedra de Prima de Leyes de la Universidad de Salamanca, vacante por jubilación de su titular y maestro Dr. Pedro de Peralta.

En dicho concurso tuvo como contrincantes al colega portugués Dr. Manuel da Costa, que ganará la oposición, y al ilustre legista, catedrático salmantino con derecho a jubilación, Dr. Juan Muñoz. La excepcional calidad científica de su connacional lusitano explica la reñida votación final que adjudicó la plaza convocada al Dr. Costa y la inmediata reacción multitudinaria de los alumnos matriculados en el Estudio salmantino, exigiendo al Rector y consiliarios la dotación a favor del Dr. Piñel de una nueva cátedra en la Facultad de Leyes, con el único objetivo de evitar que fueran privados de sus enseñanzas y el eminente legista se alejase del Estudio salmantino.

No obstante la oposición de algunos profesores, miembros del claustro universitario, con autorización regia se hizo el nombramiento a favor del jurista de Sesimbra, para el cual se creó expresamente una cátedra extraordinaria, lo cual significó una novedad absoluta en la Universidad de Salamanca, con la única condición impuesta al legista portugués de opositar en la primera vacante que se produjera.

La muerte prematura del Dr. Costa hizo que en junio de 1562 se convocara la vacante de Prima de Leyes, en cuya provisión el Dr. Piñel no tuvo contrincante, por lo cual ganó sin ejercicio alguno y directamente su adjudicación, si bien no pudo disfrutar de este oficio más que unos meses, ya que falleció inopinadamente en enero de 1563.

Durante esta etapa docente salmantina, Arias Piñel obtuvo el 7 de agosto de 1562 la licenciatura en Leyes por el Estudio salmantino, mediante el correspondiente examen con la nota *A unanimiter et nemine prorsus discrepante*, si bien para el doctorado optó por incorporar su título conimbricense, por motivos estrictamente económicos.

El método seguido en sus clases queda reflejado a través del testimonio de algunos alumnos que asistían a sus explicaciones y que depusieron en las visitas: «va leyendo muy bien y muy a provecho, saltando las leyes que continúan una misma materia para llevar lo que lee por su orden recogidamente, de tal manera que lee tan bien, recogiendo las materias, que lee muy a contento de los oyentes y así tiene el general muy lleno y que si algunas leyes deja en medio de leer, por lo que han dicho, las vuelve a leer por manera que no deja de leer acosa alguna y que no dicta ni da teóricas de tratados».

De sus obras destacan los manuscritos conservados en la Universidad de Coímbra y en el Estudio salmantino, así como los dos tratados que le dieron extraordinaria fama ya en su tiempo: *De bonis maternis comentaria*, Conimbricæ, 1557, y *Ad rubricam et legem secundam C. De rescindenda venditione commentarii*, Conimbricæ, 1558. Sus reimpresiones en Venecia, Francfort, Amberes, Lyon o Salamanca, tanto en el siglo XVI como en el XVII, muestran claramente la notable repercusión que tuvieron ambos tratados a nivel europeo, y la validez científica de sus reflexiones jurídicas en ambas materias.

En el segundo de los comentarios citados, donde analiza el alcance del rescripto de Diocleciano y Maximinao, contenido en C.I. 4-44-2, relativo a la rescisión del contrato de compraventa si se produce *laesio enormis* o *laesio ultra dimidium*,

muestra claramente su planteamiento metodológico concorde con los docentes salmantinos más avanzados en su tiempo, sin renunciar a la herencia de la Escuela, en lo relativo al ámbito del Derecho y que era mayor foco de cultura de su tiempo: el humanismo jurídico hispano, del que fueron relevantes figuras Elio Antonio de Nebrija y Antonio Agustín, pero también Diego de Simancas o Diego de Covarrubias.

Por este motivo insiste reiteradamente casi con exceso: «Ego contra glossam et omnes hucusque scribentes verissimum credo, Diocletianus et Maximianus imperatores nove hoc ius induxisse, ac proinde iurisconsultis (quorum responde in libri digestorum habemus) nullatenus hoc remedium cognitum fuisse; ut hinc multarum legum verus sensus appareat».

Esto no impide que reconozca las aportaciones de los escolásticos salmantinos y de sus preceptores, cuyos nombres aparecen citados elogiosamente con gran profusión en la bibliografía aportada, así como las citas frecuentes de la doctrina humanista europea de su tiempo, comenzando por Alciato y Charles Dumoulin.

El Profesor de la Universidad de Oviedo Justo García Sánchez, de la Universidad de Oviedo, ha publicado numerosos artículos y libros sobre la historia del derecho romano y del canónico, que reflejan bien la cantidad y la calidad de sus aportaciones. El que aquí reseñamos aumenta los valiosos méritos que emergen del presente libro y (de los anteriores libros y artículos).

ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA

LECUONA PRATS, Emilio: *La liberalización de la propiedad a finales del Antiguo Régimen. Centro y periferia del proceso desamortizador y redentor de censos perpetuos en tiempos de Carlos IV*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga, Málaga, 2004, 214 pp.

El 19 de septiembre de 1798 vieron la luz en España varios Reales Decretos llamados a tener una enorme relevancia en el futuro. Mediante ellos se ordenaba la venta de diversos bienes y la redención de diversos censos pertenecientes a «manos muertas», especialmente los de un grupo de instituciones «paraeclesiásticas» conocidas con el nombre genérico de «establecimientos piadosos» u «obras pías»: cofradías, ermitas, hospitales, etc.

El fin perseguido por esta operación, polémica desde un primer momento, era doble: por una parte recaudar dinero suficiente con el que hacer frente a la enorme deuda pública del país, representada por los «vales reales», y, por otro, realizar una reforma agraria al facilitar la salida al mercado de unas propiedades hasta entonces amortizadas o sometidas a censos antiquísimos, que suponían un grave lastre para sus poseedores.

Se trataba de una reforma continuamente postergada que, pese a contar con el apoyo de célebres ilustrados, como Rodríguez Campomanes o Jovellanos, se presentaba por los sectores más conservadores de la sociedad, especialmente el clero, como un negocio polémico, subversivo y contrario a la religión, muy similar a las medidas tomadas en Francia contra la Iglesia a raíz de la Revolución de 1789.

Se iniciaba en cualquier caso con esta operación un importante proceso liberalizador de la propiedad en España que de inmediato sería secundado por otras normas similares, tratando de aplicar en las rígidas coordenadas del Antiguo Régimen los más flexibles principios del recién nacido liberalismo económico. Con ello se daban los

primeros pasos de la Revolución Liberal en nuestro país, años antes de la revolución política de las Cortes de Cádiz y años antes también de que la desamortización se convirtiese en un arma arrojadiza entre liberales y conservadores.

No es extraño por lo mismo que el lugar que en nuestra historia ha ocupado la liberalización de la propiedad llevada a cabo en tiempos de Carlos IV haya sido en cierto sentido incómoda. Incómoda para los liberales, porque había sido una medida tomada por los conservadores, e incómoda para los conservadores en tanto que no querían verse identificados con un tipo de actuación que, a posteriori, habría de hacerles tanto daño. Una incomodidad que también se ha traducido en la historiografía y que explica que, pese a su importancia, haya sido un proceso relativamente poco visitado si lo comparamos con otros procesos posteriores de liberalización de la propiedad como los de Mendizábal o Madoz.

Ello por supuesto no quiere decir que sea un terreno virgen. Desde que en 1971 Richard Herr lo rescatara de su olvido histórico indicando que «sin duda alguna fue uno de los acontecimientos de mayor importancia del reinado de Carlos IV, que hizo avanzar mucho al país hacia la disolución del Antiguo Régimen», han aparecido diversos estudios (como los de Azagra Ros, Gómez Oliver o Peer Schmidt) que, desde el punto de vista regional, el único adecuado para comprenderlo en toda su dimensión, han ido aumentando nuestro conocimiento sobre el mismo, si bien de forma aún insuficiente.

El libro de Emilio Lecuona que ahora recensionamos puede recibirse por este motivo con especial interés. Primero, porque supone un estudio detallado del proceso liberalizador desde el punto de vista normativo, aspecto que en general había sido bastante descuidado hasta ahora. Segundo, porque estudia el proceso liberalizador en su conjunto, incluyendo tanto la desamortización como la redención de censos, también muy poco habitual en la historiografía existente. Tercero, porque centrándose con especial detalle en el proceso en un territorio muy concreto, la provincia de Canarias (entonces unificada), no sólo ofrece los datos definitivos de lo vendido y redimido en aquella provincia (hasta el momento desconocidos), sino que utilizando una perspectiva global consigue llevar a cabo un estudio alejado del localismo. Y cuarto, porque tomando prestado de la teoría social los conceptos de «centro» y «periferia» pretende demostrar de qué forma el carácter periférico de la provincia estudiada afectó al cumplimiento efectivo de la normativa liberalizadora, una cuestión que sin duda puede resultar de interés para todo historiador del derecho.

La obra se organiza en tres grandes partes. En la primera, a modo de introducción, Lecuona señala el objeto de su estudio, un completo y crítico estado de la cuestión historiográfica, y se decanta por un método «microhistórico» a la hora de llevarlo a cabo. Es importante señalar especialmente esta última opción, no sólo porque resulta en cierto sentido novedosa entre los historiadores del derecho de nuestro país, sino porque dota al resto del libro de una serie de características destacables: su carácter narrativo, su especial empeño en comprender el proceso dentro de la mentalidad de la época y su inquietud por convertir a las personas que vivieron el proceso en los auténticos protagonistas del mismo, especialmente a un juez comisionado por el Rey, llamado Juan Antonio Báñez, que en un determinado momento del libro se convierte en el principal hilo conductor.

La segunda parte tiene por título «Marco normativo de la liberalización de la propiedad a finales del Antiguo Régimen», y en ella explica el autor con detalle las diversas normas que de tipo liberalizador vieron la luz en el reinado de Carlos IV, haciendo especialmente hincapié en la complejidad de la cuestión «amortizadora» como pieza vertebral del derecho de propiedad de la sociedad estamental. Con ello, Lecuona pretende no sólo brindar al lector una visión de conjunto del proceso, sino especialmente

colocarlo en el «centro» del poder (la Corte), como paso previo al estudio de la aplicación de este marco normativo en la periferia.

Y la tercera parte, la más narrativa de todas ellas, se ocupa del estudio del proceso liberalizador en las islas Canarias. Es aquí donde el autor realiza su principal aportación. Gracias a una intensa labor archivística, tanto isleña como peninsular, Lecuona logra reconstruir con detenimiento el «día a día» de la operación: la aplicación de las normas y el inmediato escándalo que ello provocó en el clero de las islas; la difícil postura del obispo del archipiélago, don Manuel Verdugo y Albiturría, dividido entre su amor al Rey y a la Iglesia; los casos de fraude que comenzaron a surgir en relación con algunas ventas y redenciones; o la importante actividad desplegada en la provincia por el comisionado Báñez, desde su llegada en 1802 hasta su expulsión del archipiélago, acusado de traición y malversación, en 1808.

Esta última parte tiene además la virtud tanto de «narrarnos» un proceso que en ocasiones no se ha comprendido en su auténtica dimensión social, como de ofrecernos con detenimiento (utilizando gráficos y tablas diversas) los resultados de la operación en Canarias. Una operación que se tradujo exitosamente en las islas realengas del archipiélago (Tenerife, Gran Canaria y La Palma) pero que apenas tuvo importancia, debido a su carácter ultraperiférico, en las islas señoriales (Fuerteventura, Lanzarote, La Gomera y El Hierro). Una operación que, tal y como concluye Lecuona, benefició a los sustratos medios de la población y no sólo, como se pensó durante un tiempo, a la burguesía mercantil o a los «hidalgos».

PATRICIA ZAMBRANA MORAL

OSSEIRAN, Sanaa: *Cultural Symbiosis in al-Andalus*, UNESCO, Regional Bureau-Beirut, Líbano, 2004, 396 pp.

La amistad y el recuerdo hacia Sanaa Osseiran han sido las principales causas motivadoras y propiciatorias de la publicación de este volumen. La autora del manual *Education for Peace, Human Rights and Democracy* en su condición de colaboradora en diversos proyectos de la UNESCO y como representante de la misma ante la *International Peace Research Association*, quiso dar una visión histórica de la simbiosis cultural que supuso la presencia de los musulmanes en al-Andalus durante el período calificado como «edad de oro», es decir, entre los siglos VIII y XIII.

En el marco del *Año Internacional para el Diálogo entre Civilizaciones*, y concretamente con motivo de la *Década Internacional para la Cultura de la Paz y No violencia para los niños del mundo* (2001-2010), Osseiran proyectó con ilusión un encuentro de especialistas en cultura andalusí que la trataran desde la perspectiva de la Geografía, Historia, Sociología, Filosofía, Espiritualidad, Ciencia, Derecho, Administración, Economía, Educación y manifestaciones artísticas tales como la Literatura o la Música. Conforme a este proyecto dichas reflexiones debían hacerse con la finalidad de explicar la incorporación pacífica de una nueva cultura que tenía como eje de su desarrollo los principios inspirados en el Islam. No en vano se buscaba justificar desde la memoria histórica el proceso de integración y aceptación de una cultura distinta a la cristiana y a la judía para aleccionar así a las generaciones futuras sobre las claves que hicieron posible esa integración.

En efecto, la cultura, en sus múltiples facetas, es presentada como el instrumento que favorece la difusión de un modo de vida ajeno hasta entonces a la población hispana; de esta forma el lector puede obtener información precisa sobre todos aquellos instrumentos y medios que la favorecieron. Esta finalidad didáctica, no explícita en el preámbulo editorial, se advierte a lo largo de todo el texto; porque la función del mismo –quizá respondiendo al deseo de Sanaa Osseiran– no era otro que el de facilitar la formación y educación a las jóvenes generaciones en el respeto mutuo y la multiculturalidad. Se intenta así, por un lado, propiciar la reflexión sobre los antecedentes históricos de nuestro país en el marco de la convivencia de diversas culturas y, por otro lado, que las aportaciones de los especialistas sirvan como pretexto para comentar y estudiar en el ámbito universitario los medios que permitieron el intercambio cultural y las instituciones sobre las que se basó.

Con arreglo a estas premisas, la obra está dividida en ocho apartados a modo de capítulos y encabezados por la materia que se aborda en cada uno de ellos.

El primero es una exposición de motivos en el que, a modo de introducción, se otorga carta de naturaleza a la cultura, vehículo para la construcción de la paz y la resolución de conflictos, y también máxima aspiración para superar la sinrazón de los enfrentamientos por causa de la diferenciación étnica y de la identidad cultural (Osseiran). En esta misma línea se procede a cuestionar hasta qué punto la paz y la tolerancia estuvieron condicionadas por la ley del poder, para concluir que el modo legal mediante el que se compartía el territorio procuró no sólo la autonomía, tutelada y regulada por las instituciones propias de cada comunidad, sino también la identidad y la religión de cada grupo, elementos ambos que fueron claves para esa «coexistencia convivida» (Gutiérrez). Al propio tiempo, esta coexistencia en paz lleva a reflexionar no sólo sobre el contenido semántico o los objetivos de la misma, sino también sobre las realidades vividas en al-Andalus y los precisos instrumentos creados para lograr una «cultura de paz» (Calleja).

De modo más concreto se aborda el ámbito espacial y temporal en el que se desarrolló la simbiosis cultural andalusí, haciendo una especial alusión a la construcción del concepto de «vida urbana» y la asunción de este concepto moldeado en la mayoría de las ocasiones por los intereses económicos legitimadores de los gobernantes de aquel período (Franco). Pero es incluso desde la óptica de esta política integradora territorial donde surgen nuevos espacios para el estudio de ese proceso de incorporación tecnológica y cultural en general; así, por ejemplo, áreas como el Alentejo o el Noreste del Algarbe conservan muchas de las estructuras viales y conducciones acuíferas que hacen posible hablar de una amalgama cultural en todos los órdenes, especialmente en el económico y jurídico (Judice). Obviamente una tal simbiosis, integración e incorporación de culturas no estuvo exenta de tensiones y conflictos, debidos principalmente a la concepción política centralista heredada o a la distribución del poder político y económico. Dichas tensiones en ocasiones fueron hábilmente reconducidas mediante negociaciones, pactos o acciones no violentas (mediaciones), aunque en otras ocasiones las tensiones propias del centralismo político tuvieron como corolario algunas expediciones de graves consecuencias militares, fiscales, administrativas y judiciales (Epalza).

En el plano social, la diversidad es sin duda el factor determinante de la singularidad de este período. Fue necesaria la aceptación del otro y la aceptación de unos mínimos de justicia para vivir en paz; mínimos que comprenden derechos y obligaciones mutuos por encima de la etnia y de la religión a la que se perteneciera (Marín-Guzmán). Estos mínimos de justicia, en los que todos los miembros de la sociedad andalusí se reconocían, comportaban, a su vez, unos máximos éticos, y he aquí que la filosofía andalusí se ejerció en la ética como camino de la perfección al objeto de procurar una sociedad justa y en paz; así se deduce inequívocamente de los escritos de Ibn Tufayl,

Ibn Rusd o Ibn Khaldun, Hasday b. Shaprut (Cruz-Hernández), Salomón b. Gabirol o Moshe b. Maymun (Zafrani).

El intercambio científico fue otro de los pilares sobre los que se desarrolló la simbiosis cultural andalusí. Cuando menos, la incorporación de técnicas, artilugios y manuales favorecieron el interés de la población autóctona por saber cómo conseguir una economía más sana y potencialmente más fuerte. Ahora bien, este proceso contó con una importante fase de experimentación allende nuestras fronteras, en la cuna del Islam. Se desarrolló entre los siglos IX y XI, cuando las relaciones comerciales, bajo la tutela de una legislación profusamente desarrollada, proveerían de nuevos espacios y oportunidades a la población andalusí, en todos los órdenes (Djebbar) y en especial en la medicina (Hamarnech). Por otro lado, las aportaciones científicas y el intercambio de conocimientos fueron auspiciados por Alfonso X y la escuela de Toledo, posibilitando la difusión y expansión de estos progresos por lugares ajenos a los propiamente islámicos, y ofreciendo otra dimensión del avance de una multiculturalidad (Tibi).

Uno de los ámbitos donde profusamente se advierte ese intercambio fue sin duda el económico, gracias a los instrumentos legales desarrollados al efecto; y que tuvo beneficiosas consecuencias, sobre todo en un período difícil como fue el de *ta'ifas*. Se trata de un período considerado en materia económica como el de más profusa organización y complejidad en materia de intercambios comerciales respecto a los centros urbanos andalusíes (Benaboud).

En cualquier caso, y respecto a todos los ámbitos abordados, el Derecho fue el solar sobre el que sustentar el edificio de la convivencia. Un Derecho calificado de modélico y comprensivo de reglas que dieran solución a la complejidad casuística de la problemática generada por gentes pertenecientes a distintas confesiones religiosas, elemento éste diferenciador y dotado de valor fundamental en época andalusí. En este sentido, los pactos de *aman* son objeto de consideración desde una dimensión contractual donde la fórmula compromisoria era garantía del reconocimiento de una serie de derechos, que a tenor de los escasos documentos conservados, se suceden sin solución de continuidad. Todo ello operaba, por supuesto, desde el compromiso de aceptación de la soberanía y estructura administrativa islámica, proyectándose así derechos y obligaciones recíprocas que garantizaran las bases de una convivencia respetuosa con las formas externas de la cultura de cada comunidad, y que afectaban a manifestaciones tanto civiles como religiosas. Además de esta condición de protegidos serán las prácticas matrimoniales un eficaz instrumento demostrativo del nivel de aceptación e integración entre personas de confesiones distintas, máxime considerando que en el Derecho islámico el matrimonio es el contrato por excelencia, generador de otros muchos derechos que afectan a distintos órdenes de la vida del individuo. Este proceso integrador en el plano jurídico matrimonial tuvo como requisito esencial la conversión al Islam del cónyuge no musulmán –la esposa en la práctica mayoría de los casos, por razón de los preceptos coránicos y de la tradición– (Bermúdez).

El Derecho fue también garante de otro tipo de intercambios, el relativo a lo que podría ser considerado como estructura gubernamental, en concreto política y de administración central. La implementación de este nuevo modelo de gobernación se materializó a partir del ejercicio del poder de forma directa o indirecta, y no sólo mediante la ocupación fáctica del territorio, sino también a través de pactos del más alto nivel suscritos entre los dirigentes cristianos y los musulmanes. Estos pactos inducen a reflexionar sobre el papel, requisitos y nivel de compromiso de quienes aparecen como protagonistas en los mismos y cuyo nivel de compromiso se extiende a quienes resultan beneficiados por ellos; de ahí el ejercicio de responsabilidad por parte de *qumis*, *alcaldes*, *nagides*, *qadíes* y quienes daban cobertura legal a todas las fórmulas posibles, *fujaha* (Viguera).

Todo este bagaje cultural fue transmitido por las sucesivas generaciones mediante el único medio universalmente reconocido para la transmisión del saber: la educación. En este sentido, un detallado programa de actuaciones en el plano de la formación personal y colectiva fue aplicado desde los tiempos de Al-Hakam II, si bien con una concepción de la docencia mucho más práctica que teórica; así lo demuestra el hecho de que cualquier ámbito podía ser considerado como centro del saber; escuelas coránicas, tiendas, talleres artesanales, e incluso el propio hogar (para el caso de las mujeres), pues todos estos lugares eran propicios para formar al individuo en habilidades y destrezas. Más allá de esa educación primaria, se diseña la educación de alto nivel, cuyo aprendizaje estaba también regulado y desarrollado en espacios tales como las mezquitas, casas, palacios y librerías. Desde este nivel, los mejor preparados podían completar su proceso de aprendizaje en centros de especialización, tanto en al-Andalus como en los focos del saber a lo largo de todo Oriente Medio y el Magreb, con la particularidad de que esta educación podía ser accesible a todos aquellos que hicieran una inmersión en el árabe como vehículo transmisor del saber (Hamid Issa). Por todo ello, no resulta extraño que la cobertura legal dada a ese proceso de formación en los saberes de la cultura islámica en al-Andalus tuviera sus más diversas manifestaciones en otros tantos órdenes, como fueron las costumbres culinarias, el vestir, celebraciones familiares (Chalhane), e incluso la música, que fue objeto de profusa reglamentación durante períodos de rigorismo, y que tuvo un innegable valor didáctico para el proceso de convivencia multicultural (Guettat).

En definitiva, el historiador del Derecho encontrará en este trabajo múltiples pretextos para abordar la temática de la multiculturalidad y la adaptación de las gentes de al-Andalus a nuevas situaciones y exigencias socio-políticas. Se trata de una experiencia histórica que puede contribuir a clarificar muchos de los interrogantes que en la actualidad se plantea un sector de la historiografía jurídica. Por otro lado, el texto presenta una serie de cuestiones inductoras a ampliar el campo de visión y los conocimientos de quienes trabajen sobre los distintos artículos; son preguntas sobre aspectos concretos abordados en cada una de las exposiciones, o bien textos que pretenden sugerir y propiciar la discusión y el planteamiento de otros enfoques sobre un mismo problema, cual es el de la convivencia en el marco de un nuevo Derecho, el Derecho andalusí. Un trabajo sin duda útil para la enseñanza y la reflexión que puede consultarse en la página web: www.UNESCO.org/education/nved y cuyas copias se pueden adquirir a través de la Oficina Regional de la UNESCO para los Países Árabes: Beirut@unesco.org o bien sdi@unesco.org.

M.^a MAGDALENA MARTÍNEZ ALMIRA

PIÑA HOMS, Román: *Los abogados de las Baleares y su defensa corporativa*. Il.lustre Col.legi d'Advocats de les Illes Balears. Palma, 2004. 251 pp.

Como se desprende de su propio título, el autor ha querido realizar su trabajo de investigación –que a su vez ha sabido convertir en divulgación amena– centrándose en el estudio de la profesión de abogado en las Baleares, desde su conquista cristiana en 1230, con especial incidencia en lo que podemos llamar su defensa corporativa. No era para menos, puesto que obedece al encargo del Colegio de Abogados de las Baleares, a efectos de conmemorar el 225 aniversario de su fundación.

No son muchos los esfuerzos realizados hasta ahora, al objeto de analizar en profundidad la historia de la vida corporativa de las instituciones creadas en defensa de los letrados. El autor maneja la bibliografía existente y sitúa la corporación balear entre las diversas instituciones creadas en España desde el siglo xvii, sin olvidar sus antecedentes –las cofradías– y marcando las diferencias, que a partir del siglo xviii se sustancian en su nueva naturaleza de persona jurídico-pública, capaz de realizar, en el ejercicio de su función, auténticos actos administrativos, sometidos como tales al control de los tribunales, para situarlos más allá de los propios de meros administradores de una asociación benéfica o de una sociedad privada.

Comienza el autor, ofreciéndonos una visión de los abogados y juristas en el antiguo reino de Mallorca. Para esto distingue entre los meros «raonadors» ante los tribunales, y los nuevos «juristas», nacidos del saber jurisprudencial aportado por la naciente universidad en su esfuerzo de extender y reelaborar la tradición romano-canónica. En este sentido fija su atención en la formación académica de los baleares, que por mandato legal desde la temprana fecha de 1300, estaban obligados a dar consejo ante las curias, en defecto de las *consuetudines et libertates insulae, secundum ius commune*. Pero algo más atrae la atención del autor: las exigencias científicas que se imponen al abogado, a partir del siglo xiv, para que pueda actuar profesionalmente, puesto que desde 1284 quedaría establecida la prohibición de actuar como «raonador» a quien *Dret no haja aprés* –no haya aprendido Derecho. De ahí que tempranamente se establezca –a partir de 1343– que tres juristas examinadores designados por el veguer y en presencia de los Jurados del reino, superen un examen al efecto. Apartado especial merece el de los focos de formación a los que acudirán mayoritariamente los juristas baleares, que principalmente estarán en Italia, sur de Francia, Lérida y la propia Universidad de Mallorca desde finales del siglo xvii.

A continuación se analiza el ejercicio profesional de los abogados en el reino de Mallorca y su defensa corporativa en el contexto de la sociedad estamental. Una serie de apartados contemplan el juramento, las incompatibilidades, la remuneración profesional y el *status* social del abogado mallorquín a lo largo de los siglos xiv a xvii y el caso aparte de los abogados menorquines bajo la dominación británica. Naturalmente además de estos apartados, el autor dedica uno a profundizar en la vida corporativa de estos profesionales, formando el *Col.legi de Juristas* o *Confraria de Sant Ivo*, conforme al patrón medieval que los congregaba asociativamente bajo la advocación de un santo y la difusa presencia de lo religioso.

En la segunda parte del trabajo, se enfoca el tránsito de las antiguas cofradías a los nuevos colegios profesionales. Partiendo del marco general de la España borbónica y de la experiencia pionera de Madrid –la primera ciudad que preconiza el cambio– El autor sitúa el caso mallorquín en este proceso global, que tiene lugar a partir de 1779. Detecta el movimiento intelectual y de progreso de la Real Sociedad Económica Mallorquina de Amigos del País, y demuestra cómo los letrados fundadores del Colegio, forman parte precisamente de la nómina de miembros más activos y comprometidos esta. Analiza los primeros pasos fundacionales, los apoyos y la frontal oposición de algunos elementos, que dan lugar a la que llama «conflictiva constitución del Colegio», y concluye con un estudio pormenorizado de sus primeros estatutos.

Especial interés ofrece el pulso que toma el autor a la primera singladura del Colegio, en la que la Corporación, en el contexto aún de la vieja sociedad estamental, estará más preocupado por la defensa de su profesión y de sus privilegios de grupo, que por aquellos otros estímulos más altruistas, sometidos a principios ideológicos o de mejora profesional y científica que un siglo después se darán cita en la España liberal. De este modo se analizan las pruebas de acceso y la que llama el autor «dramática lucha de los

advenedizos»; la defensa del honor colegial; sus compromisos de auxilio mutuo; y la primera experiencia de funcionamiento de una escuela de práctica jurídica.

El estudio de la vida colegial a lo largo del siglo XIX, permite al autor adentrarse en apartados varios de notable enjundia. Analiza la nueva actitud del grupo profesional, que de un colectivo de «juristas de toga y golilla», pasa a transformarse en la plataforma de aquellos liberales de inequívoco compromiso político que impulsarán los grandes cambios del siglo. El autor toma el pulso del colegio en la que califica de «época de cambios políticos y revoluciones» y dedica especial atención al papel de la Corporación a lo largo de la época de la Codificación, poniendo especial énfasis en la toma de postura ante el gran debate que dividirá a los colegiados a partir de la Restauración, la permanencia o supresión del Derecho Foral, en el largo camino hacia la promulgación del Código Civil. A raíz de este debate y a instancias del Ministro de Gracia y Justicia, el Colegio dará luz verde a un detallado estudio de las instituciones mallorquinas y a una propuesta de reforma, divergente tanto de la «Memoria» presentada a la Comisión de Codificación por Ripoll y Palou, como de las radicales posiciones del catalán Durán i Bas.

No se olvida tampoco el autor de evocar los avatares colegiales a lo largo del siglo XX, la época que señala como de «normalidad institucional». En definitiva, con minucioso análisis de las fuentes manuscritas –actas corporativas, correspondencia colegial, etc– y con el apoyo de lo más señalado de la bibliografía obrante sobre el tema –asumida a través de sus 438 notas y un valioso apéndice documental– el autor consigue ofrecernos un sólido cuadro, tanto de la profesión de abogado y de jurista a lo largo de siete siglos de historia, como de las vicisitudes de su entramado corporativo, sin olvidar que escribe, como él mismo indica, «más que la historia de una profesión o de una persona jurídica, la historia de mentalidades, de seres humanos que piensan, sufren o se sienten gratificados, reflejo de su época y en no pocas veces comprometidos con ella».

ANTONIO PLANAS ROSSELLÓ

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel: *El concejo de Jaén (1474-1556)*, Ayuntamiento-Universidad, Jaén, 2002, 852 pp.

La bibliografía institucional giennense ha conocido en los últimos años un importante incremento cuantitativo y cualitativo. No ha sido ajena a dicho proceso la actividad de los investigadores universitarios, y específicamente los que pudieran adscribirse al área histórico-jurídica. A estos efectos bastaría con recordar los numerosos estudios del Profesor Pedro Porras Arboledas, entre los que figura su edición y estudio de las *Ordenanzas de la Muy Noble Famosa y Muy Leal Ciudad de Jaén, Guarda y Defendimiento de los Reinos de Castilla* (Granada, 1993), o su trabajo sobre *La ciudad de Jaén y la revolución de las Comunidades de Castilla (1500-1523)* (Jaén, 1993). Pronto le secundó el Profesor Miguel Ángel Chamocho con una también amplia producción, en la que destaca su obra *Justicia real y justicia municipal: la implantación de la justicia real en las ciudades giennenses (1234-1505)*. Jaén, 1998 [véase *Anuario* 69 (1999), pp. 707 y 708], o también su *Génesis histórica e institucional de una villa en la frontera castellano-granadina. Cambil, 1485-1558* (Universidad, Jaén, 1999) o, por último, *Jaén de reino a provincia. La gestación de la provincia y su territorio en el siglo XIX* (Jaén, 2003).

Pues bien, a ambos destacados estudiosos hay que agregar la Profesora Isabel Ramos Vázquez, quien no hace mucho nos deparó una *Memoria del castillo de Baños*

de la Encina, siglo XII-XVII (Universidad, Jaén, 2003) y nos ofrece ahora este voluminoso estudio sobre el concejo giennense.

Como puntualiza el Profesor Juan Sainz Guerra en su Prólogo a la obra, la misma se gestó como tesis doctoral; fue defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Jaén en julio de 2001, obteniendo la máxima nota y los mejores pronunciamientos del Tribunal. Esta procedencia contribuye a explicar, sin duda, las excelencias de rigor y minuciosidad que caracteriza al trabajo. Destaca en él la riqueza de la bibliografía consultada y, sobre todo, la abundancia de documentación empleada, en buena parte inédita y procedente del Archivo Histórico Municipal de Jaén y del Archivo General de Simancas. Destaca también una depurada sistemática, producto de la utilización de una metodología institucional que consigue un claro esquema articulador de los distintos y, por otra parte, obligados capítulos en que se divide la obra.

El lector es introducido al tema recordándole los orígenes del concejo en su doble vertiente foral e institucional para poder así situarle convenientemente ante el escenario temporal y espacial delimitador del estudio (cap. I). De esta manera, en una posterior etapa, se está en condiciones de informarle sobre los pilares legales que enmarcaron el ente concejil, esto es, las abundantes disposiciones reales y la producción reglamentista y ordenancista propiamente municipal (cap. II). Pero es obvio que el ente colectivo, la *universitas* giennense, está integrada por los ineludibles componentes territoriales y personales. Al primero de ellos se dedica el capítulo III para estudiar la delimitación del término y pormenorizar la presencia y relación del concejo con los lugares y plazas incluidos en su jurisdicción. En cuanto al elemento personal (cap. IV), se procede a su estudio partiendo de su división en dos representativos sectores sociales: los grupos privilegiados (integrados fundamentalmente por la caballería hidalga y de cuantía) y los no privilegiados.

La configuración institucional del concejo, en sí misma considerada, es objeto de análisis detallado en dos diferenciados capítulos. En el V se bosqueja la configuración general del mismo y de dos de sus destacados oficiales: el corregidor y el alguacil mayor. En el VI se estudian los regidores, jurados, personero y escribano.

Por último, el mas amplio capítulo de la obra, el VII, se dedica a la organización económica del concejo. La hacienda municipal es así analizada de forma pormenorizada tanto en cuanto a las fuentes de ingresos como a la distribución del gasto, no faltando un pormenorizado análisis de la gestión municipal de la hacienda regia, fundamentalmente moneda forera, alcabalas y tercias.

La obra concluye con la tópica e imprescindible relación *Fuentes y Bibliografía* y con un Anexo y un Apéndice Documental. El Anexo lo integran cuatro tablas. En la primera de ellas se relacionan todos los corregidores enviados a la ciudad durante los años 1474-1556; la segunda hace lo propio respecto a los Alguaciles Mayores; la tercera enumera a los regidores que durante dicho periodo desempeñaron tal condición, y la cuarta tabla contiene otra similar relación de los jurados. En cuanto al Apéndice Documental, se reproducen en el mismo 52 documentos, la mayoría de ellos cartas reales de muy diversa temática, ordenanzas municipales, escrituras, pleitos homenajes, reconocimientos de hidalguía, etc.

La historia de las instituciones locales castellanas del siglo XVI cuenta desde ahora con una nueva obra de obligada consulta y que, mediante su utilización y comparación con las de otros ámbitos de la corona, permitirá trazar la rica panorámica del complejo entramado institucional que fue soporte de la vida local castellana.

RODRÍGUEZ ENNES, Luis: *Gallaecia: romanización y ordenación del territorio*, Madrid, 2004.

La obra titulada «*Gallaecia*»: *romanización y organización del territorio*, publicada en la sección de Derecho Administrativo Romano, de la colección de monografías de Derecho Romano de la benemérita Editorial Dykinson, con quien la romanística española tiene contraída una permanente deuda de gratitud, constituye, a mi juicio, una nueva aportación, rigurosa y original, que el Profesor Rodríguez Ennes hace a la ciencia romanística.

A su amplísima obra publicada, doce libros y más de cien artículos, se une la presente monografía, como fruto maduro del acto doloroso y gozoso que es siempre la creación intelectual, sobre un tema que se aborda desde la exégesis de las fuentes de conocimiento, la reinterpretación de opiniones precedentes, lo que prueba que no hay nada definitivo en el conocimiento de la historia, y la reconstrucción de los pilares básicos sobre los que se conforma la *Gallecia* romana, sin simplificar la realidad histórica sino, por el contrario, desentrañándola en su más profunda significación, en páginas luminosas que nos ofrecen el análisis de los textos de los juristas, historiadores, filólogos, geógrafos, cartógrafos, arqueólogos, e incluso geólogos que se han ocupado de la materia estudiada.

La recepción del Derecho Romano en los distintos territorios de la Península Ibérica, condiciona desde entonces su estructura administrativa y su marco jurídico. En palabras de Rodríguez Ennes, «cuanto ha acontecido no es otra cosa que un conjunto de variables, más o menos importantes, a aquella mutación esencial representada por la incorporación de *Gallecia* al mundo romano». Al largo y, en ocasiones, complejo y cruento proceso que supuso la agregación del mosaico de comunidades y culturas de la Península Ibérica al fenómeno de la romanización, y a lo que implicó de integración en la cultura grecolatina y de articulación del territorio, aluden dos grandes historiadores separados por un lapso de tiempo de casi veinte siglos: Tito Livio cuando señala que es Hispania una de las primeras provincias anexionadas por Roma y la última en ser sometida, y Mommsen, cuando afirma que fue Cádiz –la Gadir fenicia, la Gades romana– la primera ciudad extranjera de la comunidad romana que adoptó el Derecho Romano y la lengua de Roma.

Escrita de forma precisa y elegante, y todos sabemos el alto precio que se paga por hacerlo de este modo, y con un estilo propio, logra Rodríguez-Ennes el propósito anunciado en la introducción, de escribir una obra viva, ágil y asequible, cercana al lector y, en la medida de lo posible, alejada de la árida prosa academicista. Se atiene con ello el A. a la conocida *máxima de Popper* de que constituye un deber moral de los intelectuales buscar la sencillez y la claridad, y ello se logra de forma natural en la monografía de Rodríguez Ennes, sin merma alguna de la profundidad en el análisis, sólo la crítica hace posible el conocimiento científico, ni de la originalidad en el planteamiento y resolución de las cuestiones abordadas en las páginas de este magnífico estudio, que ahora ve la luz.

La monografía se estructura en tres capítulos. El primero –titulado «*Gallaecia: conquista y organización del territorio*»– aborda las razones de la conquista romana, centrándolas en el *auri sacra fames*: son fundamentalmente sus enormes riquezas en metales preciosos –oro y plata– y de alto interés estratégico –como el estaño– cuya abundancia en el suelo galaico está fuera de toda duda, los motivos determinantes de la irrupción en tierras galaicas de las fuerzas legionarias. En apoyo de esta tesis, el autor aporta múltiples testimonios de geógrafos y escritores helenos e historiadores latinos, concordantes todos ellos en las poderosas motivaciones económicas de la conquista

militar. En esta línea argumentativa cobra al respecto especial relevancia el dato –históricamente recogido por Floro– de que inmediatamente después de la pacificación del Noroeste comenzó la explotación de las minas de oro con los prisioneros de guerra, dada su condición de *dediticii*; situación ésta pormenorizadamente analizada en la muy extensa y documentada nota 50.

Un aspecto muy interesante de este capítulo introductorio lo constituye la original aportación respecto del problema básico de la delimitación territorial de *Gallaecia*. Rodríguez Ennes parte del carácter convencional del ámbito espacial de la Galicia romana, cuyos límites han sido fluctuantes en el devenir histórico del Imperio, pero que –con independencia de la denominación de las provincias a las que estuvo adscrita– se han fijado dentro del triángulo que formaban el *conventus Lucensis*, el *Bracarensis* y el *Asturicensis* en parte que rebasaban a la Galicia actual, pero que van a marcar la línea divisoria Galicia norte-Galicia sur, establecida por el río Ulla –*limes* entre los *conventus Lucensis* y *Bracarensis*– dos realidades funcionales de naturaleza bioclimática y topográfica cuya vigencia enraiza en un período larguísimo de tiempo y que va a tener notoria influencia en las demarcaciones territoriales decimonónicas. Como acertadamente observa el autor: «Este hecho, aparentemente anecdótico, nos sitúa ante uno de los principios básicos de la dinámica territorial: los límites territoriales –aun siendo contingentes en el comienzo– una vez que se implantan, tienden a mantenerse durante mucho tiempo, estén o no definidos» (p. 11).

Es sabido que la civilización romana fue –al igual que la helénica– de carácter eminentemente urbano y, por lo que atañe a *Gallaecia*, ello se tradujo –una vez *pacata*– en el traslado al llano de la población no *dediticia*. Allí van a ubicarse una serie de emplazamientos castrenses que, con el tiempo, van a convertirse en las ciudades de *Asturica Augusta*, *Bracara Augusta* y *Lucus Augusti*. «En los tres casos, la ciudad es una importación romana que no corresponde en ningún lugar a la continuación de una tradición indígena» (p. 28). Expone Rodríguez Ennes las varias reformas provinciales partiendo de Augusto –que en 27 a. C. inserta a *Gallaecia* en la *Lusitania*– sin duda por razones militares; aunque, posteriormente, entre 7 y 2 a. C., vuelve a ser integrada en la *Citerior Tarraconensis*, una vez establecida de modo fehaciente la paz octaviana (p. 34). En tiempos de Caracalla se forma una nueva provincia –la cuarta– denominada *Hispania Nova Citerior Antoniniana* por segregación de la antigua *Citerior Tarraconensis*, la provincia más grande del imperio y una de las de mayor riqueza metalífera. En esta *nova provincia* va a integrarse *Gallaecia*, facilitándose de ese modo el control de las explotaciones auríferas del noroeste, merced a la presencia de un funcionario imperial con residencia permanente en la zona. Con todo, la *nova provincia* tuvo una existencia efímera, y ya se constata su reincorporación a la *Hispania Citerior Tarraconensis* hacia mediados del siglo III (p. 36). Este largo transcurrir por los diversos avatares de la ordenación territorial de Galicia culmina con el análisis de la profunda reorganización del Imperio operada por Diocleciano y presidida por el criterio de multiplicar las provincias y agruparlas bajo la dependencia de unidades más amplias llamadas «diócesis». En este sentido, *Gallaecia* va a integrarse como provincia en la *diocesis hispaniarum* y «a partir de ese momento y hasta nuestros días adquiere sustantividad propia» (p. 37).

El segundo capítulo de este libro aborda la explotación minera de *Gallaecia*, tratando de aportar una visión proclive a la realidad histórica tratando de soslayar el «tono difuso y repetitivo de las investigaciones impregnadas –las más de las veces– de un «marcado carácter localista (p. 41)». Por lo que hace al laboreo de los yacimientos, se realiza una descripción minuciosa de las técnicas empleadas partiendo fundamentalmente de los libros 33 y 34 de la *Naturalis Historia* pliniana, pero sin descuidar los testimonios epigráficos e, incluso arqueológicos. Al socaire de tales fuentes, el autor va

a describir –lo más palmariamente posible– el inicio, apogeo y ocaso de la explotación de los yacimientos auríferos de *Gallaecia*. La extracción alcanza su cenit con Vespasiano cubriendo el 20 por 100 de los ingresos totales del *Aerarium Populi Romani*. A partir de los Severos, se constata el cese del laboreo coincidiendo con la crisis generalizada que asoló al Imperio (p. 46).

En punto al marco jurídico, la situación es especialmente complicada por la colisión que se plantea –incluso en nuestros días– entre la titularidad del suelo y el interés estatal en la explotación de la riqueza del subsuelo. Con todo, en *Gallaecia*, dado su carácter de territorio conquistado, el suelo era *ager publicus* y, por ende, propiedad del *Populus Romanus*, con lo que no se planteaba el aludido conflicto entre el derecho individual de propiedad y el interés estatal (p. 54). Por lo que hace a la administración, Rodríguez Ennes considera que –en época republicana– las fuentes atestiguan sin ambages la adjudicación de la misma a las *societates publicanorum* mediante *locationes*. Así las cosas, los *publicani* contrataban la explotación de los *vectigalia publica populi romani*, que los censores conferían en *locatio conductio* mediante subasta. Como contratistas públicos, los adjudicatarios quedaban sometidos a las cláusulas dictadas por los censores (p. 60). La era imperial se caracteriza por la escasez de fuentes al respecto. La reorganización provincial de Augusto va a motivar que los yacimientos minerales galaicos pasen al *Fiscus Caesaris* y, en consecuencia, sean administrados por un *procurator metallorum* que gobernaba exclusivamente el distrito minero en el que tenía jurisdicción plena, como queda muy claro en las Leyes de Vipasca.

El tercer –y último– capítulo del estudio se dedica al análisis de los «factores de romanización en el terreno jurídico». Rodríguez Ennes señala cómo en el tardío proceso romanizador fue capital la intervención de los emperadores flavios. En efecto, hasta Vespasiano, la organización predominante en la Península Ibérica fue indígena y la condición jurídica más generalizada la de peregrino. En fecha todavía discutida, comprendida entre los años 70 y 74 d. C., Vespasiano concedió el *ius latii* a todas las poblaciones hispanas, acelerando así, de manera decisiva, el proceso de romanización peninsular. A ello debemos unirle los cambios operados en el terreno administrativo por el fundador de la dinastía flavia, puesto que es el autor de la fragmentación en *conventus* de cada una de las provincias y el creador de la mayor parte de los *municipia* galaicos. El lugar concreto dentro del *conventus* o del *municipium* donde se administra justicia recibe el nombre de *forum* y ahí radica –según el autor– el origen del foralismo jurídico español puesto que –y esta constituye la frase con la que se cierra el libro–: «la tradición del municipio romano habría pervivido de algún modo en los fueros municipales y constituyó el punto de partida de la historia jurídica de Galicia» (p. 83).

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

RODRÍGUEZ ENNES, Luis: *Fray Martín Sarmiento y el mundo del Derecho, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005, 166 pp.*

Fruto nuevo de la constante preocupación e interés expresamente confesados y materialmente manifestados desde hace tiempo por el Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Vigo, Profesor Rodríguez Ennes, respecto a diversos aspectos relativos a la Historia jurídica de Galicia, es su último libro en la materia, titulado *Fray Martín Sarmiento y el mundo del Derecho*, en el que el mencionado autor traza una

semblanza de las ideas expuestas, dentro de la que fuera su época y en su ámbito jurídico-social, por el eximio ilustrado gallego Pedro José García y Balboa, monje benedictino y polígrafo, más conocido por el nombre religioso de Fray Martín Sarmiento.

La obra, que ahora aparece editada por la Xunta de Galicia, y que en su momento también lo fue en gallego por la excelentísima Diputación Provincial de Pontevedra – Institución ésta que galardonó al autor con el Premio de Investigación en Humanidades y Ciencias Sociales correspondiente al año 2000–, se encuentra estructurada en seis partes a las que se añade un sucinto epílogo, y un amplio apéndice bibliográfico que ofrece al lector interesado la posibilidad de profundizar, tanto en aspectos que son objeto de expresa atención en el libro, como en torno a otros que, referidos incidentalmente en el mismo, pueden ayudar a obtener una visión mucho más completa del complejo contexto histórico y las circunstancias vitales que rodearon al personaje en cuestión que ocupa la atención de Rodríguez Ennes.

El ilustrativo estudio llevado a cabo por el Profesor Rodríguez Ennes encuentra su sentido último y razón de ser, en palabras del autor, en el intento de dar respuesta a la necesidad de cubrir y esclarecer un campo de investigación sobre el pensamiento del sabio benedictino pontevedrés –el jurídico-social–, hasta el momento presente desatendido por los especialistas, realizando para ello una aproximación a las opiniones expuestas por Fray Martín Sarmiento en sus obras y manuscritos –algunos inéditos– sobre diversas cuestiones jurídicas y sociales que se suscitaban en su tiempo.

Utilizando para ello un estilo sobrio y sencillo, que facilita y hace agradable la lectura del libro, pero sin escatimar en ningún caso multitud de datos –muestra patente de la erudición a que nos tiene acostumbrados en sus muy variadas e instructivas investigaciones–, el Profesor Rodríguez Ennes inicia su interesante estudio con una referencia introductoria que, a su vez, aparece estructurada en dos partes, respectivamente dedicadas al marco histórico de la Ilustración y a determinados aspectos que singularizan en su consideración personal y profesional al religioso benedictino.

Por lo que respecta a la etapa histórica en la que vive y escribe Fray Martín Sarmiento, Rodríguez Ennes inicia su exposición introductoria destacando con carácter general la condición marcadamente crítica que dicha época presenta en la Historia de Occidente, al proceder a cuestionarse los pensadores ilustrados a partir de entonces muchas de las estructuras y valores sociales hasta aquel momento presentes.

No obstante, junto al indicado desplazamiento semántico y la notable difusión que a lo largo del siglo XVIII alcanza el vocablo «crítica», cuya aplicación expansiva se dirige a todos los ámbitos de la vida social, Rodríguez Ennes también procede a resaltar las importantes contradicciones que, en la época y sin excepción, se producen en los diversos países europeos, entre el ideal pensamiento ilustrado y la cruda realidad vital.

En referencia a la Ilustración española, encuadrable en el movimiento general europeo del XVIII, del que forma parte –aun cuando con menor intensidad y atraso en cuanto a su posible influencia, frente a lo que ocurrió con la de otros países europeos–, Rodríguez Ennes pone de manifiesto como elemento caracterizador e individualidad propia de la misma su particular acatamiento, absoluto e incondicional, de la monarquía tradicional y la Iglesia.

Así, el movimiento ilustrado español no cuestiona el sistema político del Antiguo Régimen, ni la estratificación social –defendiendo un teórico equilibrio entre las clases nobiliaria, clerical y popular–, ni tampoco el poder absoluto del monarca, que, por el contrario, procede a realzar para convertirlo en un instrumento de mayor racionalidad, con la intención de posibilitar una –en el fondo– tímida y débil modernización de España.

Por otra parte, la ciencia y el progreso se presentan como inescindibles de la religión, según se puede apreciar perfectamente, y así lo hace notar el autor, a través del pensamiento de Sarmiento y su maestro Feijoo, en cuya concepción aparecen ambas estrechamente unidas.

La cuestión relativa a esta interrelación, que de por sí es mucho más compleja de lo que pudiera parecer, precisamente se agrava, como señala Rodríguez Ennes, cuando surge la contradicción entre las creencias religiosas y los descubrimientos científicos; en estos casos, son los dogmas religiosos los que prevalecen, por mantenerse los autores dentro de la más severa ortodoxia católica.

En referencia a la que Rodríguez Ennes denomina como Ilustración gallega, el autor observa que, aun participando de los mismos postulados fundamentales en que se asienta la española, en ningún caso se presenta como una reproducción mimética de ésta.

Los ilustrados gallegos tampoco van a cuestionar el sistema establecido. Se limitan a reafirmar la estructura del poder social y político, no asignan a la burguesía ningún puesto en la dirección política del país, y conciben al pueblo como sujeto pasivo de la dinámica social, justificando el orden establecido y su estratificación en la que se calificaría más adelante como «sabia distribución realizada por Dios». Sin embargo, los ilustrados gallegos –y en ello se encuentra, en opinión de Rodríguez Ennes, uno de sus méritos más notables– realizan el descubrimiento cultural y político de Galicia en su especificidad, lo que les conduce a investigar la realidad propia de dicha Comunidad y a aportar soluciones particulares en el orden económico y cultural gallegos.

En cuanto al personaje en sí, Rodríguez Ennes, presenta a Fray Martín Sarmiento como un adelantado de su siglo, que sintiéndose extraño en su presente –su lugar natural se encontraría entre una o dos generaciones posteriores– escribió para el futuro.

Rodríguez Ennes también aprovecha la ocasión para avanzar en su introducción –algo que más adelante repetirá en sucesivos capítulos de su obra– algunos detalles ilustrativos de la contraposición entre las personalidades y estilos de Feijoo y Sarmiento, al que por criticar –basándose en fuentes directas– abiertamente, de manera rigurosa y sin concesiones, prejuicios, falsas creencias o supersticiones, con la finalidad de sentar las bases culturales e institucionales para un renacimiento del país, califica como progresista.

Para el autor de la obra que reseñamos, el monje benedictino, nacido en 1695 y fallecido en 1792, era progresista en un doble sentido: por creer en el proceso histórico del ser racional sobre la tierra, y por ser un pensador consciente de que con sus críticas impulsaba cambios innovadores y positivos en la realidad social de su tiempo.

Sarmiento se presenta, en definitiva, como uno de los adalides del reformismo ilustrado, cuya personalidad y pensamiento, según Rodríguez Ennes, hay que situar en sus justos términos, procurando no caer en la exageración ni tampoco en el demérito, puesto que su progresismo no es equiparable al extremismo o la radicalidad en sus planteamientos, como entre otros aspectos lo demuestra fehacientemente su indiscutible respeto y, en algunas cuestiones también, su expresa o tácita defensa del monarca.

Entre las diversas actividades intelectuales desarrolladas por Sarmiento –a quien algunos de sus estudiosos presentan como la figura más densa en saberes que en todo tiempo ha producido Galicia– destaca Rodríguez Ennes la de informar, opinar, dictaminar o aclarar de forma constante sobre determinadas cuestiones que eran sometidas a su consideración con notable frecuencia y permanencia por monarcas –como Felipe V o Fernando VI–, y personajes públicos importantes de su época –como Campomanes, Aranda, Quer, Medina Sidonia, o Arjona–, a los que asesoró políticamente desde su celda, quedando al margen y sin entrar en sociedad ni en política, emitiendo dictámenes

que en ocasiones se repetían, e interviniendo, por ello y de esta forma, eficazmente en la vida pública.

Todo ello provocó que en su tiempo alcanzase una fama ingente, que se disiparía en el siglo siguiente, y también, en cierta medida, en los posteriores, quizá, como señala Rodríguez Ennes en su obra, por el carácter inédito de sus escritos, de los que, salvando los manuscritos contenidos en la denominada *Colección Medina Sidonia*, desgraciadamente todavía se carece de un inventario fiable,

En cierta medida llama la atención que un personaje tan importante e influyente en su tiempo como lo fue Sarmiento se mostrase tan reticente a publicar su magna obra, de la que únicamente, según se sabe, editó en vida como glosa y defensa de su maestro Feijoo una *Aprobación a la Ilustración Apologética del Theatro Crítico Universal de Feijoo* (1729), un *Soneto al impugnador del Theatro Crítico* (1749), la *Demostración crítico-apologética del Theatro Crítico Universal* (recogida en dos tomos, 1732) y la *Dedicatoria* incluida en la *Flora Española*, de José Quer.

Esta paradójica circunstancia hipotéticamente encontraría su explicación según Rodríguez Ennes en dos motivos conexos, que se concretan, respectivamente, en la imposibilidad que siente de manifestarse con la libertad deseada, y en su actitud vital de orgullo y aislamiento.

Ello vuelve a permitir nuevamente a Rodríguez Ennes establecer una contraposición entre Sarmiento y Feijoo: Sarmiento es por carácter un hombre independiente, de sensibilidad poco comunicativa, que adopta una actitud de aislamiento, y cuyo estilo resulta apasionado, directo e intimista, escribiendo tal y como habla; Feijoo es hombre de sensibilidad comunicativa, por lo que sus escritos tuvieron una mayor difusión que los de su discípulo. Su prosa, como escritor que frente a Sarmiento siempre se dirigió a un lector que iba a recibir su mensaje a través de la imprenta, es académica, galicista y cuidada.

Tras realizar la indicada introducción general, Rodríguez Ennes procede a analizar en los siguientes capítulos de su estudio el pensamiento del monje benedictino respecto a diversas materias y cuestiones, relativas al Derecho penal (cap. III), al Derecho de propiedad (cap. IV), a la que titula como «galleguización de la Administración de justicia» (cap. V), a los derechos de la mujer (cap. VI) y a la polémica surgida entre el Derecho romano, el Derecho natural, y el Derecho nacional (cap. VII).

Dentro del capítulo dedicado al Derecho penal, Rodríguez Ennes realiza en el primero de sus tres apartados una ilustrativa referencia a la situación en que se encontraba esta materia en el siglo en que vive Sarmiento.

Al respecto resalta Rodríguez Ennes una circunstancia general importante que en ocasiones se suele olvidar: esa situación en España no difería mucho, y, en cualquier caso, no era peor que la que se daba en otros países europeos, y, más especialmente, en Inglaterra.

La existencia de una criminalidad desbordante, reflejo según Rodríguez Ennes del estado de descomposición en que en aquellos momentos se encontraba la sociedad española, se intentó paliar mediante diversas normas –Leyes, Pragmáticas o Decretos de diferentes monarcas, de varios de cuyos preceptos, que muestran una inhumanidad y severidad extrema, da cuenta en su obra Rodríguez Ennes– en las que se establecieron en algunos casos, con independencia de que el tipo de infracción fuese más o menos grave, penas desproporcionadas, rígidas y especialmente crueles, cuya ejecución, en diversos supuestos y ocasiones, iba acompañada, dependiendo del tipo de delito que se hubiese cometido, con formas agravadas.

El efecto que produjo tal normativa, que con bastante frecuencia resultaba burlada en la práctica, fue justamente el contrario al deseado: además de ineficaz, por no hacer

frente directamente a las causas que producían la aludida criminalidad, también resultó contraproducente.

Todo ello provocó una amplia e intensa reacción crítica por parte de bastantes pensadores ilustrados europeos, que, manifestándose contra la lamentable situación en que se encontraba el sistema punitivo en sus respectivos países, abogaron por la necesidad de reformar las leyes penales, contribuyendo a tal fin con sus escritos.

Precisamente a algunas de las opiniones que en cuanto a dicho sistema punitivo fueron formuladas, entre otros, por Voltaire, Rousseau, o el propio Marqués de Beccaría, también se refiere Rodríguez Ennes en su trabajo, destacando especialmente en relación al último la incidencia que su programa de reformas –el cual se iría imponiendo en diversas legislaciones europeas a través de los monarcas del Despotismo ilustrado– tuvo en España, y procediendo a rebatir la errónea creencia sostenida por algunos penalistas españoles y divulgadores de la obra de Sarmiento –al que Rodríguez Ennes califica como un polígrafo preocupado por servir a la monarquía antes que como penalista en el sentido actual del término–, que se concretaba en presentar a éste como un precursor del influyente autor italiano.

El apartado indicado se cierra con una alusión al resultado que las ideas reformistas formuladas en materia penal por los ilustrados españoles produjeron desde un punto de vista práctico en nuestro país: las reformas punitivas más importantes que habían sido solicitadas sólo conseguirían ser implantadas más tarde, en las Cortes gaditanas, puesto que los juristas e intelectuales tradicionalistas, recurriendo paradójicamente también a textos de autores extranjeros –fundamentalmente franceses–, en busca de argumentos favorables a sus tesis, consiguieron paralizarlas, sin que pudiesen sustanciarse materialmente en el momento en que se formularon.

En los dos apartados siguientes que completan el capítulo III, titulados respectivamente «Rechazo de la tortura y abolición de la pena de muerte», y «Sustitución de penas corporales por medidas de seguridad», Rodríguez Ennes incide más pormenorizadamente en el análisis de algunas de las ideas y principios defendidos por los ilustrados respecto a cuestiones penales polémicas y controvertidas, que fueron objeto de relevantes debates, como la tortura y la pena de muerte.

Volviendo a reiterar nuevamente la dureza del cuadro punitivo establecido por las monarquías absolutas –que encontraría su justificación en la manera en que las mismas ejercían su poder (de tipo no preventivo, sino fundamentalmente intimidatorio) dentro de unas determinadas limitaciones (impuestas por los estatutos de la nobleza y el clero, que, a causa de sus privilegios personales, conservaron un alto grado de autonomía, dispusieron de foros particulares, y tuvieron un amplio margen para llevar a cabo actuaciones ilegales)–, Rodríguez Ennes pone de manifiesto la importancia desmedida que se atribuyó a la tortura penal –encaminada a hacer lo más eficaz posible la labor de los jueces, que gozaban de un amplio arbitrio en el ejercicio de su función, limitada, eso sí, por la existencia de discriminaciones en función del rango social– como medio de conocimiento de la existencia de culpabilidad, es decir, como instrumento coercitivo dirigido a obtener del reo, cuando existiesen indicios de culpabilidad –cuya determinación correspondía al juez, al que, con tal fin, se otorgaban amplias facultades–, la confesión de dicha culpabilidad, que para alcanzar plena efectividad debería ser posteriormente ratificada.

En el ámbito de los escritores hispanos que se pronunciaron contra la tortura, Rodríguez Ennes se refiere a Feijoo, del que destaca como mérito la anticipación que realiza en su obra de 1734, titulada *Paradoja sobre la tortura*, a la polémica que se planteó entre los juristas españoles en relación a la aludida «cuestión de tormento»,

empleando por primera vez argumentos utilitaristas para poner en duda su supuesta eficacia.

No obstante, a la afirmación precedente realizada respecto a Feijoo, añade Rodríguez Ennes un importante matiz, que una vez más permite establecer nuevas diferencias entre Sarmiento y su propio maestro en la cuestión que ahora nos ocupa.

Según Rodríguez Ennes, en cuanto a la utilización y aplicación del tormento dentro del proceso penal, el pensamiento de Feijoo dista de ser claro y tajante, como por ejemplo así lo demuestra la circunstancia de que no escriba una sola palabra condenatoria en sentido humano-social –como vejatorio para la dignidad humana– contra el indicado tormento, que Feijoo únicamente encuentra absurdo porque resulta contraproducente para lograr el fin que con el mismo se persigue.

La protesta de Sarmiento sobre la aplicación de la tortura en el proceso, en opinión de Rodríguez Ennes, resultó sin embargo mucho más airada y atrevida que la formulada por su maestro y otros autores, y tuvo el acierto de ir mucho más allá que sus coetáneos, al realizar una crítica general en conjunto de todo el sistema procesal inquisitivo y penal de su época.

Partiendo de lo que califica como principios nucleares del pensamiento de Sarmiento –los modos de conocer los hechos mediante tormento «son y serán siempre falsos, falaces y fallidos»; deben rechazarse los juramentos como elemento probatorio; debe prevalecer la prueba testifical (aun cuando la considere como poco fiable)–, Rodríguez Ennes insiste en la pretensión general del monje benedictino de luchar por la imprescindible reforma de las leyes penales, para lo que a tal efecto se limita a mostrar los principios generales, las faltas más importantes y los errores más funestos del ordenamiento penal vigente, rechazando especialmente como medio para indagar la veracidad de los hechos la intimidación, frente a la que contrapone la prevención, concretada en la represión de la avaricia y la ociosidad, y que considera realizable mediante un aparato legislativo útil, claro, sencillo y preciso.

Al igual que en el caso de la tortura, la pena de muerte también dio lugar a controvertidos debates y opiniones divididas.

Rodríguez Ennes, tras recoger diversas referencias al pensamiento formulado en esta cuestión por notables ilustrados nacionales y extranjeros, como Montesquieu, Rousseau, Goethe, Lardizábal o Feijoo –del que señala que se limitó a seguir la tesis de la utilitaria prevención general como finalidad de la pena, que fue sostenida por Montesquieu y Rousseau, mostrándose como un convencido defensor de la pena capital por entender preferente el derecho de la sociedad antes que el del reo–, destaca la originalidad de los planteamientos de Sarmiento dentro del iluminismo hispano.

A su juicio, de las opiniones vertidas por el monje benedictino en su *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos que trata de Historia Natural y de todo género de Erudición con motivo de un papel que parece se había publicado por los Abogados de La Coruña contra los Foros y Tierras que poseen en Galicia los Benedictinos*, se puede observar cómo él mismo –frente a la opinión manifestada por sus coetáneos y generalmente aceptada– se pronuncia solicitando la supresión e la pena capital, porque, contrariamente a su amigo y maestro Feijoo, entendía, de una forma más radical, que la privación de la vida del reo era «bárbara, inútil y contraproducente».

Por otra parte, según Rodríguez Ennes, Sarmiento también sobrepasa las ideas de Beccaría y Bentham, puesto que, respecto al primero –que consideraba necesaria la muerte de un ciudadano sólo por dos motivos–, el monje benedictino solicita su abolición «en toda clase de delitos y crímenes» dado que, en su opinión, aceptar el principio legal de la pena de muerte supone aceptar la filosofía de la violencia y declarar su necesidad; frente a Bentham, Sarmiento –que realiza su argumentación con una antelación

de medio siglo a la formulada por el autor inglés— no cree únicamente en la falta de capacidad intimidatoria de la pena de muerte como fundamento para solicitar su abolición, sino que, además y sobre todo, añade otro motivo, en el que insiste de forma especial: la posibilidad de obtener provecho de los mismos condenados. Estos criterios utilitaristas —«el hombre muerto no sirve para nada y los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles para ella»— también fueron empleados por otros autores coetáneos franceses, como por ejemplo Voltaire, y se encontrarían en la base de una nueva concepción de la pena, que se pretendía fuese cierta y proporcionada en relación al delito, así como que cumplierse dos finalidades: impedir que el reo cometiese nuevos delitos (incapacitándolo para volver a causar daños y enmendándolo por el trabajo), y evitar que los demás componentes de la sociedad intentasen imitar su inconveniente conducta en el futuro.

Todas estas ideas abolicionistas presentes en el pensamiento de Fray Martín Sarmiento —algunas de las cuales encontrarían posibles apoyos en otras que fueron defendidas por autores predecesores o coetáneos foráneos, lo que, como señala Rodríguez Ennes, en ningún caso restaría mérito alguno al polígrafo benedictino, que desde su condición de religioso se preocuparía por encuadrar dichas ideas novedosas dentro de la doctrina católica, o, por lo menos, de no ir en su contra— y de otros ilustrados, serían tomadas en consideración cuando el Antiguo Régimen y la monarquía borbónica del XVIII —cuya política legislativa penal continuó siendo según Rodríguez Ennes anticuada, basada en un sistema de penas rígido y sin proporcionalidad entre éstas y los delitos, como también ocurrió en otros países de nuestro entorno, pero siendo en España menos cruel— fue sustituida por el sucesivo Estado constitucional.

En el cuarto capítulo de su obra —que junto con el anterior son los que mayor extensión ocupan en el trabajo de investigación—, Rodríguez Ennes procede a examinar diversos aspectos del pensamiento del Padre Sarmiento en materia de propiedad.

La exposición se inicia con un primer apartado, en el que el autor ofrece una clarificadora visión sintética y de conjunto sobre la situación en que se encontraba la propiedad de la tierra y los problemas que en torno a la agricultura y la población se plantearon sustancialmente respecto a Galicia durante el XVIII.

Entre las características más resaltables, desataca Rodríguez Ennes la existencia en Galicia de una agricultura pobre —ya desde la Edad Media y todavía en el XIX— y una población creciente —de la cual, aproximadamente, un 90 por 100 vivía del sector agrario—; a ello se añadía el monopolio de la tierra por parte de la Iglesia —apreciable a través de la pujanza territorial del monacato desde sus inicios en el siglo X hasta los siglos XVII y XVIII, en que se consumaría la ominipresencia del estamento eclesiástico— y la nobleza más elevada.

Dichas tierras, pertenecientes al estamento eclesiástico y nobiliario —que en virtud del anacrónico marco institucional establecido se encontraban sustraídas al mercado, por no ser de libre disposición para sus propietarios, y cuya vinculación y situación en régimen de «manos muertas» facilitaron un considerable aumento de su precio—, venían siendo cultivadas en régimen de arrendamiento o aforamiento por una masa de pequeños productores sin objetivos comerciales, ocupando el sistema foral dentro del conjunto, como indica Rodríguez Ennes, un lugar especialmente importante, puesto que dos terceras partes del total de tierras lo serían de aprovechamiento directo, afectando a las mejores e incidiendo sobre las cultivadas en más de las tres cuartas partes de las mismas.

Todas estas circunstancias, unidas entre otras al incremento numérico que se produjo en la población —que dio lugar a una mayor demanda de productos alimenticios, a la que por lo general respondieron los propietarios, antes que con la introducción de nuevas técnicas de cultivos, con la extensión de los ya existentes— provocaron, en gran

medida y en muchos casos, el éxodo rural gallego ante la disyuntiva de optar por la muerte, a consecuencia del hambre, o la emigración, en este caso voluntaria y, en principio, temporal, ya fuese peninsular o ultramarina, especialmente a América del Sur, que se convirtió en un fenómeno social y económico definitorio de la vida gallega durante el siglo XIX y buena parte del XX.

Tanto a la emigración como a las demás cuestiones indicadas se refiere lúcidamente Sarmiento en su ya citada *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos* que, como señala en su estudio Rodríguez Ennes, el monje benedictino presenta como testimonio crítico de un observador sobre la agricultura –tema éste que, como es sabido, ofrece un especial y común interés para los ilustrados– y otros factores conexos a la misma, entre los que destaca el relativo a la población.

En dicha obra, escrita fundamentalmente para defender los derechos dominicales de su Orden monástica sobre las tierras aforadas, Sarmiento confiesa su intención de «apuntar cálculos para abrir los ojos a los que pudieren y quisieren promover la agricultura y la población».

Partiendo de esta premisa, el monje benedictino efectúa una crítica a los diversos modos de vinculación de la tierra existentes en su momento, proponiendo una serie de medidas y recomendaciones al respecto, con la finalidad de poder resolver los problemas y atrasos que en su opinión aquéllos venían provocando para la población y la agricultura.

A las precisiones que Sarmiento realiza sobre la Mesta, los Foros y los Mayorazgos, también se refiere Rodríguez Ennes en uno de los apartados del capítulo que ahora nos ocupa.

Respecto a la Mesta –poderoso grupo de presión, integrado como asociación por propietarios de rebaños de ovejas, protegidos mediante leyes que ampararon la prohibición de cavar baldíos y montes, sustrayendo ingentes cantidades de tierra de cultivo en beneficio de la ganadería, y que reconocieron a su favor entre sus privilegios un derecho de posesión que le permitió, todavía a finales del siglo XVIII, emplear a perpetuidad y con una renta fija cualquier tierra que hubiese utilizado como paso en alguna ocasión–, Sarmiento consideraba expresamente que era responsable de la «enorme desigualdad que se tolera en la jerarquía de los que habitan en España, puesto que hace que prevalezcan unos pocos infinitos sobre unos mejores infinitos muchos», calificando además su existencia como «peor que los efectos de la peste del siglo XIV, pues la peste duró algunos años, pero la desidia pasa de cuatrocientos años que dura», «impidiendo que cada uno cierre su hacienda contra todo el Derecho Natural, Romano y del País».

De la sensatez de sus recomendaciones intervencionistas, que fueron recogidas por su coetáneo Campomanes, también se hace eco Rodríguez Ennes, transcribiendo acertadamente algunos pasajes de la obra de Sarmiento en los que el monje benedictino defiende y justifica los cierres racionales de tierras como modo de progreso de la población y la agricultura, y propone un particular modelo de colonización y explotación agropecuaria.

Respecto a las tierras aforadas y los correspondientes contratos forales, Rodríguez Ennes subraya el interés de Sarmiento por defender a través de sus escritos los derechos dominicales de la Orden monástica a la que pertenece, siempre desde su particular condición de miembro del estamento al que se adscribe, privilegiado y dominante en la sociedad gallega –el clero–, a partir de la que articula sus planteamientos ilustrados.

Las duras críticas de Sarmiento en la señalada materia, como explica Rodríguez Ennes, se dirigen directamente contra los intermediarios o señores medianeros –identificables con miembros de las antiguas familias hidalgas, funcionarios de la administración real, administradores de la nobleza laica, etc., que, a consecuencia de la dilatada

vigencia de los foros, irían acaparando tierras para, a su vez, mediante la práctica del subforo, volver a aforarlas y alzarse con el derecho a la percepción de las rentas jurisdiccionales, superando ampliamente de esta forma sus ingresos a los del propietario inicial (llegando incluso en algunos casos hasta el 1.000 ó 2.000 por 100)–, proponiendo desde una concepción utópica de la historia y de una sociedad ideal –que concreta en el retorno a una situación feudal mitificada– «libertar a los labradores de las tiranías y vejaciones que les hacen los que no tienen dominio directo alguno», así como recuperar la más antigua y pura estructura del sistema foral medieval, asentada en el binomio simple dominio directo (señores)-dominio útil (campesinos).

Por lo que se refiere a los Mayorazgos –mediante los que, como es sabido, se establecía un sistema tanto de sucesión preferente, cuidando la troncalidad de la stirpe, como de transmisión hereditaria de tipo vincular, dirigido a procurar evitar la dispersión del capital simbólico (apellidos, armas, títulos y casa vinculada a su origen) y los dominios señoriales acumulados, asegurando de esta forma la autonomía y engrandecimiento de un linaje nobiliario–, Rodríguez Ennes matiza con precisión las duras críticas que el monje benedictino –cuyo pensamiento en esta cuestión transcribe– formula a la mencionada institución desde planteamientos ilustrados –aplicando la contraposición utilidad *versus* ociosidad– en atención al necesario progreso y adecuado desarrollo de la población y la agricultura.

En este sentido, Rodríguez Ennes comparte la opinión sustentada por otros estudiosos de Sarmiento, entendiendo que el monje benedictino no propugna la eliminación general de todos los Mayorazgos, sino únicamente de aquellos que juzga indebidamente aceptados en los estamentos privilegiados.

Desde su particular concepción de la sociedad –en la que priman la alta aristocracia y el pueblo llano frente a los grupos sociales intermedios– y su pertenencia al estamento privilegiado al que pertenece –clero regular, en este caso benedictino, con importantes y extensas propiedades territoriales–, Sarmiento admite los Mayorazgos de la «Iglesia y el de los Reyes, que son antiquísimos. Y en cuanto a los de nueva invención, los de grandes», es decir, los de la alta nobleza, por considerar que los señores del dominio directo –ya fuesen laicos o eclesiásticos– nunca podrían ser tan ociosos o nocivos para el progreso como los hidalgos medianeros.

Rodríguez Ennes concluye el IV capítulo de su obra con sendos apartados relativos, respectivamente, a la reforma tributaria y a la defensa de la propiedad intelectual, temas éstos sobre los que también tuvo Sarmiento oportunidad de pronunciarse.

Respecto al problema tributario –cuya resolución básica no se llevaría a cabo en España hasta la Reforma de la Hacienda realizada en 1845, siendo Ministro Alejandro Mon–, Sarmiento, según Rodríguez Ennes, atribuye la gravosidad de los impuestos –causa de la despoblación y desaliento de los labradores (considerada como la clase más numerosa entre la población de España), en opinión de muchos contemporáneos ilustrados del monje benedictino– a su modo de exacción, en la que, según sus propias palabras, intervenían como abusivos recaudadores «infinitos intermedios, sacalifñas, sacamantas, sacatrapos y sacabocados que quieren ser reyes», en referencia a los empleados de la Real Hacienda.

Por ello Sarmiento –que se sitúa en la línea de la corriente doctrinal de los ilustrados que consideran el tipo impositivo único como el más perfecto y eficaz para resolver el atraso de la población y la decadencia de la agricultura española– propone un sistema impositivo más simple, progresivo y único, que evitase gravar a los pueblos con las ganancias de los recaudadores, reduciendo a una sola contribución la gran cantidad de figuras impositivas nuevas o heredadas de la época anterior, que coexistían en el Anti-

guo Régimen y que se multiplicaban para hacer frente a las necesidades de un Estado hegemónico sometido a cuantiosos dispendios.

En este sentido, Sarmiento, por ejemplo, no se pronuncia en contra del catastro –que se presentaba como la novedad tributaria más importante del siglo XVIII, y mediante el que se implantó una contribución directa única, fundada en la estadística de propiedades y de rentas de capital y trabajo–, sino contra las que consideraba como imperfecciones del proceso catastral, realizando al respecto toda una serie de propuestas de reforma, entre las que resaltan las relativas al método de encuestas.

Por otra parte, el monje benedictino, según Rodríguez Ennes, también propuso –y éste fue uno de los objetivos perseguidos por el Marqués de la Ensenada al emprender su frustrada Reforma, que finalmente quedó reducida a mero Proyecto– transferir a la propiedad agraria la cualidad impositiva, que, por ser la fiscalización real ante todo urbana e indirecta, recaía gravando las transacciones de productos, en especial los comestibles.

En materia de propiedad intelectual, Rodríguez Ennes señala que las ideas de Sarmiento se proyectaron en la Real Orden de 20 de octubre de 1764, mediante la que por primera vez se trató de reglamentar cuestiones relativas a la propiedad de las obras literarias y las relaciones económicas establecidas entre autores, libreros e impresores en el ámbito del denominado «comercio literario».

Además de plantear en su manuscrito titulado *Reflexiones literarias para una Biblioteca Real y para otras bibliotecas públicas hechas [...] en el mes de diciembre del año 1743* la creación como proyecto cultural e institucional de un gran centro de sabiduría en el que se encontrasen presentes todas las Academias y Ciencias de investigación, integrando a numerosos intelectuales, Sarmiento, según Rodríguez Ennes, hizo importantes consideraciones sobre la condición, estado y problemas de supervivencia de la profesión literaria.

Así, respecto a los modernamente calificados como «derechos de autor», el monje benedictino manifiesta que los principales beneficiarios del negocio del libro debían ser los autores, y no los impresores. Por otra parte, con argumentos similares a los que posteriormente serían utilizados diecisiete años después en Francia por Diderot –en su obra titulada *Sur la liberté de presse*–, Sarmiento, con apoyo en el Derecho natural, consideró la escritura como un producto del trabajo, identificando el denominado «privilegio» –concepto éste desde cuya consideración, entendido como gracia que los poderes concedían al intelectual, se legisló el derecho de autor en Francia, Inglaterra y España– con un derecho incuestionable, semejante al que cualquier persona tenía respecto a sus bienes.

También en esta misma línea de defensa del escritor frente a los posibles abusos del librero-impresor, Rodríguez Ennes refiere la distinción que efectúa Sarmiento entre los beneficios que mediante tasa debía obtener un impresor, y los que debía de recibir un autor, según imprimiese la obra el propio autor «a su trabajo, coste y riesgo», o lo reimprimiese «sólo a coste y riesgo» algún librero; tasas que deberían de ser necesariamente diferentes según el monje benedictino, por considerar en cada caso las inversiones y esfuerzos de uno y otro como distintos.

El carácter de los temas tratados en los dos siguientes capítulos de su obra –V y VI–, respectivamente dedicados a las ideas de Sarmiento en cuanto a la utilización de la lengua gallega en el ámbito de la Administración de justicia, y a la consideración y defensa de la condición femenina, presuntamente sirven para justificar la menor extensión, que no atención, que el Profesor Rodríguez Ennes les dedica, frente a la que más ampliamente dispensa a los capítulos precedentes ya comentados.

Rodríguez Ennes sintetiza el pensamiento de Sarmiento en relación a la utilización de la lengua gallega transcribiendo algunos expresivos fragmentos de sus *Elementos*

Etymológicos, en los que el monje benedictino, tras preguntarse por la «causa de que en Galicia se haya introducido el uso y abuso de escribir en castellano lo que antes se escribía en latín o en gallego», responde que el castellano fue introducido por «los no gallegos que a los principios del siglo XVI inundaron el reino de Galicia, no para cultivar sus tierras, sino para hacerse carne y sangre de las mejores y para cargar con los más pingües empleos así eclesiásticos como civiles», añadiendo a continuación: «Esos han sido los que por no saber la lengua gallega ni por palabra, ni por escrito, han introducido la monstruosidad de escribir en castellano para los que no saben sino el gallego puro». Una «monstruosidad» que Sarmiento critica en el caso de los empleos eclesiásticos, manifestando el absurdo que supone confiar el cuidado de las almas y la administración del Santo Sacramento de la Penitencia a curas que no son gallegos y que por no saber la lengua no pueden cumplir bien su religioso cometido.

Éste es un razonamiento que en sentido similar también aplica Sarmiento a la conservación de los empleos judiciales por no gallegos, proponiendo al respecto, como transcribe Rodríguez Ennes, que «se les debe escoger los Magistrados, que sepan su lengua, leyes y costumbres».

En cuanto a la condición y consideración de la mujer, Rodríguez Ennes destaca en su obra la circunstancia de que en nuestro país, ya en la primera mitad del siglo XVIII, Feijoo publicase una cumplida defensa de las mujeres –titulada como tal, y aparecida en el año 1726– en la que, comparando las virtudes y defectos, en cierto modo correlativos, de hombres y mujeres, refutaba el prejuicio de que éstas fuesen seres inferiores a los hombres, concluyendo –especialmente por lo que se refiere al entendimiento, a diferencia de sus predecesores, que lo habían hecho de manera limitada en relación a la virtud– frente al pensamiento generalizado de la época –asentado en la idea sostenida por importantes ilustrados, como Rousseau o Voltaire, de que el hombre era superior a la mujer en cuerpo y espíritu, y que, por tanto, las mujeres se encontrarían dotadas de una personalidad civil casi inexistente– que resultaba preciso conferirles una mayor dignidad y negar toda diferencia entre uno y otro sexo.

A las importantes aseveraciones de Feijoo, Rodríguez Ennes sobrepone las de Sarmiento, discípulo de aquél, del que indica que en la materia tratada fue mucho más allá, por afirmar en su *Demonstración Crítica-apologética del Teatro Crítico Universal*, que la diferencia entre hombres y mujeres no proviene de la naturaleza, sino de la educación, que es precisamente según Sarmiento la que nos discrimina: «si la educación se trocase serían los hombres afeminados y las mujeres varoniles, ejemplo los laches de Granada. Defecto de la educación es considerar inferiores a las mugeres».

Tales afirmaciones, realizadas por Sarmiento en defensa de la condición femenina y dirigidas a devolver a las mujeres una mayor dignidad, según Rodríguez Ennes, fueron tomadas en consideración tanto por algunos de sus coetáneos ilustrados, así como formuladas por autores posteriores, como Mary Wollstonecraft o John Stuart Mill, que defendieron abiertamente la igualdad de derechos para ambos sexos.

El último de los capítulos con que, al margen del posterior y quizá excesivamente breve Epílogo, concluye su sugestiva obra Rodríguez Ennes, se encuentra dedicado a algunas consideraciones realizadas por Sarmiento en el marco de la interesante polémica suscitada en la época en cuanto a la posible función, valor y lugar que deberían ocupar en el nuevo sistema jurídico propuesto por los ilustrados, el Derecho romano, el Derecho Natural y el Derecho nacional.

En referencia a los posibles motivos que dieron lugar a los planteamientos antirromanísticos del momento, unidos a la defensa y promoción de los diversos Derechos nacionales –ideas éstas de las que al igual que muchos otros ilustrados también participó Sarmiento–, Rodríguez Ennes realiza su exposición recordándonos las circunstan-

cias que caracterizan el contexto histórico-jurídico en el que aquellos planteamientos críticos se formularon desde diversas perspectivas.

Entre dichas circunstancias, Rodríguez Ennes destaca el desorden y la contradicción extremas existentes en materia de fuentes normativas, organizadas todavía a principios del siglo XVIII –aun a pesar de las diferencias notables entre diversas zonas y de las Compilaciones realizadas durante los dos siglos precedentes, que no lograron resolver la situación– siguiendo sustancialmente el modelo medieval, formado, como es sabido, por estratificaciones de material jurídico heterogéneo, que daban lugar a una perpetua incerteza en el derecho, y que causaban un grave malestar en la justicia. Todo ello, en aquellos momentos y desde las nuevas concepciones del Estado moderno, hacía patente la necesidad de reformas radicales y urgentes, tendentes a sustituir la acumulación de fuentes sedimentadas a lo largo del tiempo –que reflejaban el particularismo institucional de una sociedad basada en el carácter autónomo de los ordenamiento jurídicos y de la diferenciación estamental–, por una normativa unitaria, dictada por el poder soberano y que respondiese a criterios de racionalidad y justicia, según unos nuevos postulados en los que conflúan racionalismo y voluntarismo, y en los que primaba la conciencia típicamente ilustrada de la primacía de la ley sobre la costumbre y la tradición.

En el contexto descrito, las críticas también se dirigieron de forma especial a la función desempeñada por el Derecho romano, que monopolizaba hasta entonces la teoría y la práctica jurídica, solicitando sustituir la vieja «jurisprudencia» basada en aquél por un nuevo sistema construido sobre bases iusnaturalistas y nacionales, y discutiendo su preponderancia en el ámbito de la enseñanza jurídica, así como su verdadera utilidad para la formación del jurista, por considerar que al relegar los Derechos nacionales se impedía llevar a cabo el proyecto de creación de Escuelas superiores, destinadas a la formación profesional de las nuevas clases dirigentes durante el denominado Siglo de las Luces.

Las críticas al Derecho romano, cuya hegemonía en los recintos especulativos de las Universidades así como en la práctica más usual de los Tribunales españoles, resultaba evidente todavía en el siglo XVIII –como cumplidamente se ha ocupado de demostrar el Profesor Rodríguez Ennes, entre otros, en sus trabajos titulados: *A loita entre a tradición e a innovación nas Facultades de Dereito do século XVIII* (publicado en Dereito. Revista Xurídica da Universidades de Santiago de Compostela, vol. III, núm. 2, 1994, p. 47 ss.), y *La ruptura del monopolio de la enseñanza del Derecho romano en las Universidades españolas del siglo XVIII* (publicado en Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RIDA), XLIII, Bruxelles, 1996, p. 345 ss.)–, se centran en la que se calificaba como «imperfección» del sistema romanístico, especialmente en atención a las fuentes justinianeas, y más en concreto a la Compilación, que se consideraba por aquel entonces como un amasijo informe, oscuro, indescifrable, lagunoso y, en muchos aspectos, ambiguo o contradictorio, de normas frecuentemente injustas o irracionales, que daba lugar a antinomias y concepciones divergentes, frente a la imagen clara, racional, perfecta y completa de un sistema jurídico basado en principios de Derecho natural –al que, a partir del siglo XVIII y a consecuencia de la trascendental revolución espiritual que se opera, se le empezó a atribuir una importante función–, e integrado por leyes simples, claras y accesibles a los ciudadanos.

Entre las diversas críticas que Sarmiento formula al Derecho romano, Rodríguez Ennes refiere la relativa a dos aspectos concretos que afectan a la Ley de las XII Tablas, y que el monje benedictino plantea en sus *Elementos Etimológicos*: por una parte, la afirmación de la veracidad del envío por parte de los romanos de una embajada a Ate-

nas con la finalidad de buscar leyes para su pueblo; y, por otra, la de la inviable contemporaneidad del latín empleado en el texto normativo de la mencionada Ley.

A rebatir y matizar, respectivamente, cada una de estas aseveraciones del Padre Sarmiento, también dedica su atención Rodríguez Ennes, y en este caso lo hace desde su autorizada condición de Catedrático especialista en Derecho romano.

Así, en cuanto a la primera de las afirmaciones, que califica como posibilidad inverosímil, Rodríguez Ennes indica que dicha afirmación probablemente fuese realizada por Sarmiento desde la gran admiración que el monje benedictino sentía por lo helénico, lo que le conduciría a infravalorar lo relativo a la cultura latina, frente a lo griego. Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones apuntadas, Rodríguez Ennes precisa que posiblemente los fragmentos conservados de la Ley de las XII Tablas respondan al sentido de la propia Ley, y, en parte, también a su vocabulario, pero no tanto a la expresión fonética y gramatical primigenias, que se irían renovando según fuese evolucionando la lengua latina; en definitiva, según Rodríguez Ennes, la Ley pudo ser renovada para su reutilización en la creación de nuevas normas, o para su aplicación en los tribunales, tanto mediante añadidos como por modificaciones en la expresión, que fueron introducidas con posterioridad a la misma, y que aparecen junto con algunos trazos arcaicos que delatan la antigüedad de la primitiva redacción.

Al margen de las precisiones que Sarmiento realiza en torno a los dos aspectos señalados de la Ley de las XII Tablas, su crítica hacia el romanismo, como pone de manifiesto Rodríguez Ennes en su obra, también se dirige hacia los juristas españoles formados en el Colegio de Bolonia –cuya fundación condena–, a los que culpa de la multiseccular marginación de las leyes patrias, porque, según indica, proceden a comentar «leyes extrañas», considerando al respecto en su *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos* que «pudieron haberlo excusado» y que «se debían emplear en comentar nuestras leyes patrias, utilizando los materiales que ay en los Concilios, en las leyes antiguas y en los Fueros municipales», puesto que, en su opinión, «más tiene que comentar una ley nuestra que una ley romana o imperial».

Al mismo tiempo, como indica Rodríguez Ennes, Sarmiento también reivindica en su ya comentada *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos* el Fuero Juzgo como la fuente hispana por excelencia –«la fuente, origen y cabeza del Derecho español es el Fuero Juzgo», dice–, aunque, a la vez, lamenta que su primigenia originalidad se pierda por una maraña de comentarios de origen romanista –«Y si sobre él se hubiesen amontonado la décima parte de los comentarios sobre las Leyes Romanas, no estaríamos tan ignorantes en la Historia de España», señala el monje benedictino–: «de las leyes españolas, aunque hay bastantes comentadores, nada de erudición española se saca de ellas; sino una pelmosa y fastidiosa traposición de autores lombardos, franceses y alemanes que no sabrán palabra de las cosas en España».

Tomando en consideración estas últimas apreciaciones de Sarmiento, Rodríguez Ennes, por una parte, procede a rebatir la afirmación del monje benedictino, justificando plenamente el constante recurso a las opiniones de los comentaristas medievales en la circunstancia de que tanto el Fuero Juzgo como las Partidas son un verdadero monumento jurídico de Derecho romano vulgar y de Derecho común bajo medieval, respectivamente, por lo que su correcta interpretación únicamente se puede llevar a cabo desde el marco del Derecho común (canónico, romano y feudal); y, por otra, coincide con Sarmiento en la necesidad de denunciar los excesos interpretativos a los que, en su opinión, conduciría la excesiva producción comentarista, que juzga como motivo de que el antiromanismo se erigiese entre uno de los principios programáticos de la Ilustración.

Finalmente, respecto a la ya señalada necesidad manifestada por los ilustrados de disponer de un nuevo sistema jurídico perfecto, elaborado a partir de las coordenadas de la

sencillez, claridad y accesibilidad –plenamente compartido por Sarmiento, según se deduce de los comentarios que este autor realiza en su *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos*–, Rodríguez Ennes destaca que el monje benedictino, para conseguir dicho objetivo y frente a sus coetáneos más singulares, muestra una actitud mucho más conservadora que éstos, sugiriendo recurrir antes que a la técnica codificadora, a la compilatoria –el sistema normativo, escribe, debe ser una «colección de Leyes Patrias, que debe comenzar por el Fuero Juzgo y continuar hasta las Leyes de la Recopilación, novísima, que actualmente dicen se está formando en Madrid»– para remediar la confusión e incerteza normativa entonces existentes.

A través de su documentado e interesante estudio, del que hemos pretendido dar cuenta lo más ampliamente posible en estas páginas, el Profesor Rodríguez Ennes nos informa detalladamente y analiza con minuciosidad pormenorizada determinados aspectos del pensamiento expresado en torno a una serie de cuestiones jurídicas y sociales, planteadas en una de las épocas más críticas y contradictorias de la Historia europea –el siglo de la Razón y de las Luces–, por un personaje ilustrado y, en cierta medida, enigmático, importante en su momento, pero a la vez quizá injustamente olvidado o insuficientemente recordado en tiempos menos lejanos: el monje polígrafo benedictino gallego Fray Martín Sarmiento. Un personaje histórico que sin ser jurista, encontrándose disconforme con el método que empleaban los juristas de su época por considerarlo poco pragmático, paradójicamente, como ha demostrado Rodríguez Ennes, aportó algunas ideas interesantes en base a las cuales podría ser calificado en síntesis como un adelantado de su siglo.

Las mencionadas circunstancias del contexto cultural, político, social, económico y jurídico de la época histórica en que se desarrolla el pensamiento de Sarmiento, así como su peculiar carácter y personalidad, que se traslucen a través de su dispersa, diseminada y, en algunos casos, poco o insuficientemente desconocida obra, ponen de manifiesto la dificultad y el consiguiente interés del ilustrativo estudio de investigación realizado por el Profesor Rodríguez Ennes, cuya lectura resulta por todo lo hasta aquí expresado particularmente instructiva y especialmente recomendable.

Con la presente obra Rodríguez Ennes nos vuelve a demostrar, felizmente y una vez más, que a su capacidad de trabajo y superación intelectual difícilmente se pueden poner limitaciones, haciendo bueno el dicho de Séneca: *nihil est quod non expugnet pertinax opera et intenta ac diligens cura*.

RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José: *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*. Editorial Dykinson, Madrid, 2003, 469 pp.

El título de este libro se debe, como el propio autor relata en la primera página, a la frase que Irnerio, fundador de la Escuela Bolonia, pronunció en el lecho de su muerte para dejar como maestro al frente de la mencionada escuela a Jacobo. El método de trabajo enseñado por Irnerio se mantuvo durante un siglo y medio hasta que fue sustituido por el comentario (p. 2).

La Historia del Derecho nació como asignatura de naturaleza autónoma con el Real Decreto de 2 de septiembre de 1883, con la finalidad de una mejor preparación y comprensión de las distintas ramas del Derecho por parte de los profesores. Pero la gran aportación de la citada norma fue, como ha señalado Sánchez-Arcilla, la de crear

«sobre el papel una comunidad científica hasta entonces inexistente», en la medida en que la investigación de la Historia del Derecho en esas fechas había producido importantes avances en la investigación en su campo científico (p. 5). La primera «escuela científica» que se desarrolló en Historia del Derecho en España fue la de Eduardo de Hinojosa. El mismo aceptaba una división de la Historia del Derecho en externa e interna, en la medida en que el objeto de la Historia del Derecho estaría constituido por el estudio de las fuentes y de las instituciones (pp. 10-11). De hecho, en su pensamiento el Derecho estaba identificado predominantemente con el Derecho legal; los códigos, en otras palabras. Al respecto, sin embargo Sánchez-Arcilla concluye que «la denominada Escuela de Hinojosa no reúne los requisitos que al principio de estas páginas considerábamos que caracterizan a las escuelas científicas. Tal vez sería más correcto hablar del círculo de Hinojosa o del grupo de Hinojosa. La inexistencia de una unidad conceptual y metodológica creo que es argumento suficiente para avalar esta afirmación» (pp. 18-19). Sánchez-Arcilla Bernal ha considerado que Manuel Torres López puede ser calificado como un «segundo Hinojosa», en la medida en que su figura supuso una renovación total a nivel conceptual para esta disciplina (pp. 28-29). Efectivamente, los planteamientos expuestos por Galo Sánchez, Torres López o Alfonso García-Gallo de Diego (1911-1992) estaban muy distantes de los presentados por Hinojosa, a pesar de que el mismo Galo Sánchez había sido discípulo directo de Hinojosa. En 1953 García-Gallo propugnó una concepción y orientación de la Historia del Derecho que se alejaba de la historiografía jurídica alemana, italiana y en ciertos aspectos también de la francesa. En nada tenía que ver tampoco con la que había prevalecido en España y había sido seguida desde los años veinte por los miembros de la Escuela de Hinojosa. Con este nuevo planteamiento surgió una nueva escuela científica: la Escuela de García-Gallo, aunque en un sentido estricto no pudiera afirmarse el nacimiento de la misma. Numerosos discípulos suyos o directamente relacionados con su persona ocuparon cátedras vacantes, como fue el caso de José Maldonado Fernández del Torco (1912-1991), Ignacio de la Concha Martínez (1916-2000), Ángel López Amo Marín (1917-1956), entre otros. Por otro lado, en 1954 ofreció su particular concepción de Historia del Derecho y en la misma en ningún momento intentó conectar con la Escuela de Hinojosa, ya que pretendía ofrecer una visión «revisionista» de la orientación y métodos seguidos hasta ese momento por la historiografía histórico-jurídica. Pero si tras la muerte de Hinojosa en 1919, la Historia del Derecho pasó a ser cultivada por Claudio Sánchez Albornoz, Rafael Altamira y Crevea (1866-1951) y Rafael de Ureña y Smenjaud (1852-1930), en la década de los setenta comenzó la crisis de la Escuela de García-Gallo.

A comienzos de los años setenta los planteamientos marxistas del materialismo histórico ganaron adeptos entre los historiadores del Derecho español. De esta forma, comenzó el «neohistoricismo», también conocido como «materialismo histórico», que se diferenciaba del historicismo seguido por Hinojosa y del «historicismo jurídico», que fue predominante hasta 1952, con la llegada de la orientación institucional (pp. 84-85). En 1973 Pérez-Prendes acogía, como primer historiador del Derecho español, las nuevas corrientes y adscribía la Historia del Derecho dentro de la Historia total. En 1975 Tomás y Valiente criticaba abiertamente y por primera vez la orientación institucional, lo que implicaba una nueva ruptura en la Escuela científica de García-Gallo (pp. 87-126). Tomás y Valiente no compartía todos los postulados marxistas, si bien tampoco los criticaba abiertamente. De hecho, destacaba el papel que Marx le había otorgado al Derecho. Para construir una Historia interpretativa, explicativa y comprensiva del pasado, Tomás y Valiente consideraba como imprescindibles los conceptos y las hipótesis. Tomás y Valiente, al igual que en su momento hiciera García-Gallo, consideraba que la Historia jurídica se encontraba en crisis, con un *handicap* añadido, como era la influen-

cia que en gran parte de Europa había alcanzado la historiografía marxista, que centraba su interés en lo social y económico, dejando de lado la tradicional historia política y, con ella, la historia de las instituciones. Pero Tomás y Valiente llegó a afirmar que en su opinión la Historia del Derecho no era ciencia jurídica, ni una realidad bifronte, sino que era una especialidad de la Historia. Otros representantes del neohistoricismo han sido Salustiano de Dios, discípulo de Tomás y Valiente, así como Torres Sanz, discípulo de G. Martínez Díez. Mariano y José Luis Peset hicieron un diagnóstico acerca de los males y defectos en los que han incurrido muchos historiadores del Derecho –a fecha de 1977-: el medievalismo, el desvío de la investigación de archivo, la excesiva importancia que se le había dado a los manuales y el positivismo jurídico (pp. 143-150). Aunque J. M. Pérez Prendes (pp. 169-234), discípulo de Torres López, en una primera exposición se mantuvo fiel a los postulados de su maestros al tomar como punto de partida el concepto de Historia, posteriormente comenzó a delimitar esta disciplina respecto de la Dogmática jurídica, de la Historia económica y social, de los antecedentes históricos del Derecho, de la Sociología, la Etnología y Antropología social y cultural, del Derecho comparado, de la Arqueología jurídica y de la Literatura jurídica e Historia de las leyes y fuentes (p. 170). Con estos planteamientos hacía una nueva valoración de la Historia del Derecho, pero desde la perspectiva del neohistoricismo estructuralista. Desde un punto de vista cronológico, Pérez-Prendes fue el primero en manifestar sus discrepancias con García-Gallo respecto a la manera de entender la Historia como ciencia de lo individual. Sánchez-Arcilla ha manifestado que la posición adoptada por Pérez-Prendes en 1973, cuando afirmaba que la Historia del Derecho sólo podía entenderse con fecundidad dentro de la Historia total, suponía una modificación importante a sus argumentos de dos años antes, al mismo tiempo que mitigaba sus anteriores duros juicios relativos a la dogmática. Sánchez-Arcilla también ha cuestionado que Pérez-Prendes asimilara «estructura jurídica» con «sistema jurídico», ya que se limitaba a hacer una sinonimia, en la que identificaba ambos conceptos, lo cual era un error (p. 204). En 1976 distinguía dentro de la «estructura jurídica» una superestructura de la «estructura jurídica», que identificaba con los «valores», y una «infraestructura de la estructura jurídica», que no especificaba qué elementos de la estructura jurídica la integraban. A juicio de José Sánchez-Arcilla, «si los valores constituyen la superestructura de la estructura jurídica, las normas, las instituciones, los hechos sociales básicos y las posibilidades deberían constituir la infraestructura de la estructura jurídica. Todos los elementos, por supuesto, conectados por las relaciones de sentido –la historicidad– que ya conocemos» (p. 218). En 1978 reafirmaba su adscripción a los planteamientos del marxismo crítico y desarrollaba más ampliamente su tesis sobre la estructura jurídica. De esta forma, ahora afirmaba que la estructura se constituía a partir de la institución jurídica. Por ello, ha entendido la estructura jurídica como el «conjunto de instituciones jurídicas coexistentes entre sí, que dan cauce a todas las relaciones jurídicas necesarias en una sociedad y momento concretos» (p. 222). Consideraba, al igual que Max Weber, que el tipo ideal de estructura jurídica lo constituía el sistema jurídico.

También ha comentado Sánchez-Arcilla el dualismo eclectista de José María Font Rius y Jesús Lalinde Abadía (pp. 234-293). Font es discípulo de Luis García de Valdeavellano y Arcimís. Para el primero de ellos el alcance de los factores de la evolución histórica del Derecho ha sido expuesta con total precisión por García-Gallo, para quien la primera causa era la Providencia divina, y la más próxima el hombre. Atribuía la historicidad del Derecho como una cualidad inherente al mismo, que estaba determinada por diversos factores: espirituales, morales, psicológicos, ideológicos, etc. Era el carácter histórico del Derecho lo que le comunicaba, a juicio de este autor, una cierta ambigüedad o dualismo al objeto de la Historia del Derecho en «la caracterización de

su naturaleza, oscilante entre el campo de lo histórico y de lo jurídico, y da lugar a distintas concepciones o puntos de vista en la comprensión y tratamiento del tema». Pero este planteamiento preliminar aparecía modificado, ya que comenzó a apostar por la configuración de la Historia del Derecho como ciencia bifronte. Asimismo, parecía rehuir de una definición del Derecho, si bien admitía como válida «su concepción corriente» (pp. 252-253). Sánchez-Arcilla Bernal, en base al análisis de Font Rius, ha llegado a afirmar que «parece, pues, que admite una definición o concepto instrumental del Derecho, aunque en ningún momento le da este carácter» (p. 253). Al mismo tiempo, de su definición de Historia del Derecho se infería que para Font Rius, Derecho y sistema eran una misma cosa, y que norma y sistema se presentaban, por el contrario, como distintas.

A continuación estudia a Jesús Lalinde Abadía (pp. 262-293), que está considerado como el representante más genuino de la tesis de la bifrontalidad de la Historia del Derecho. Su primera exposición teórica aparecía recogida en su primer manual *Iniciación histórica al Derecho español* (1970). Afirmaba que el término Historia del Derecho hacía «alusión a dos ciencias, las cuales, además, no son de naturaleza homogénea» (p. 263). En el mismo afirmaba la naturaleza bifronte de la Historia del Derecho y se esforzaba en demostrarlo examinando la cuestión desde cuatro puntos de vista distintos: el empírico, el fenomenológico, el ontológico y el teológico (p. 265). Esta elección implicaba, a juicio de Sánchez-Arcilla, optar por «un criterio integrista de la perspectiva histórica y jurídica de la Historia del Derecho» (p. 284). Asimismo, prescindía del normativismo a la hora de definir el Derecho que giraba en torno a la noción de «relaciones jurídicas». Atendiendo a esta idea del Derecho, la Historia del Derecho debía aspirar al estudio y exposición del desarrollo de las relaciones jurídicas en el tiempo, porque lo que deseaba era detectar la influencia de éste en aquéllas, y presentar como «ha sido» el Derecho hasta llegar a ser lo que «es» en la actualidad (p. 283). En su artículo «Hacia una Historia paralógica del Derecho» (1978), Lalinde introdujo importantes novedades conceptuales y metodológicas, si bien ratificaba la naturaleza bifronte de la Historia del Derecho: defendía un «conceptualismo» incluso dentro de la Historia general o de la Historia total; cuestionaba que la Historia del Derecho fuera una ciencia, por lo que prefería hablar de «disciplina»; dentro del Derecho se producía una tensión entre un «logos» y un «paralogos»; la periodificación de la Historia del Derecho debía hacerse atendiendo a los sistemas, los cuales se mantenían en un «estatismo dinámico»; de forma que el estatismo y la lógica del sistema se mantenían en las normas, pues en el mundo de la realidad, la lógica aparecía alterada por los paralogismos jurídicos: los incumplimientos de las normas; y, finalmente, que el objeto de la Historia del Derecho era el análisis de los sistemas jurídicos en cuanto máxima aspiración de la lógica, con detección de los paralogismos jurídicos que se producían en ellos y, finalmente, el de su evolución a través de las ideologías que preparaban y justificaban los cambios y de los paralogismos iushistóricos que se derivarían de la actuación de las fuerzas vitales sobre la lógica de los sistemas (pp. 287-288). Sin embargo, José Sánchez-Arcilla entendía que «una Historia del Derecho entendida como una tensión entre el 'logos' y el 'paralogos' de los sistemas, dejaría fuera del objeto de aquélla otro tipo de problemática que, sin duda, interesa al historiador del Derecho. Algunos ejemplos expresivos serían: todo lo concerniente a la interpretación del Derecho por parte de los juristas, los comentarios a los complejos institucionales, los criterios de aplicación de las normas por parte de los jueces, entre otros muchos. Pienso en consecuencia, que la tensión entre el 'logos' y el 'paralogos' del sistema cubre tan solo una parte del objeto de nuestra disciplina» (p. 292).

Rafael Gibert (pp. 293-303) utiliza uno de los planteamientos conceptuales más originales, en palabras de Sánchez-Arcilla, que se ofrecen como alternativa al institucionalismo (p. 293). Pero la visión de la Historia del Derecho como historia de los libros que planteaba R. Gibert era desde una visión amplia, ya que no se trataba de una simple Historia del Derecho entendida como Historia de las fuentes, tal y como la concebía Galo Sánchez, sino como una Historia de los libros jurídicos. Para Gibert, esta disciplina era una disciplina histórica, aunque expresamente no lo manifestase. De ahí, que Sánchez-Arcilla lo ubicase dentro de la corriente «historicista» (p. 298). El objeto de la Historia del Derecho era, en consecuencia, los libros de Derecho, si bien bajo este concepto incluía no sólo los libros de contenido normativo (códigos), sino también las obras de literatura jurídica y los documentos de aplicación del Derecho, recogidos en cartularios, diplomáticos, libros de sentencias, etc. Para el estudio de la Historia de los libros jurídicos, Gibert propugna un método de análisis del libro: en el libro hay un «quién» habla, un «de qué» habla y un «a quién» habla. De esta forma, Sánchez-Arcilla Bernal señala que R. Gibert «convierte al libro jurídico en un universo cerrado e independiente» (p. 302).

Gustavo Villapalos (pp. 303-321), discípulo de García-Gallo, ha defendido el método del nejuridicismo, que se basaba en la conexión de lo jurídico con una serie de fenómenos sociales, económicos, ideológicos, etc., ya considerándolos factores concurrentes o factores determinantes. El modo de acceder al conocimiento del Derecho implicaba, según Villapalos, una aporía. Para este jurista los elementos mínimos, definitorios de lo jurídico, se encontraban en el concepto aceptado –propuesto por Jaime Guasp– de que era el conjunto de relaciones entre hombres que una sociedad establecía como necesarias. Esta definición llevaba incorporados dos elementos: un elemento estructural o material, las relaciones entre hombres, y otro funcional o formal, la necesidad impuesta socialmente. A pesar de admitir la duplicidad de enfoques, Villapalos pensaba que «sólo es posible construir una Historia del Derecho científicamente válida desde una perspectiva propia del Derecho y de la ciencia jurídica» y que «el punto de partida para la construcción de nuestra disciplina está en la ciencia del Derecho y sólo en ella» (p. 315). En realidad, Villapalos «suministra al planteamiento institucional de García-Gallo un soporte teórico más consistente», si bien «trata de reforzar el planteamiento de don Alfonso con nuevos argumentos» (p. 317). La teoría de Villapalos se conoce indirectamente a través de sus discípulos.

Otra alternativa juristicista ha sido la planteada por Bartolomé Clavero (pp. 321-354), que entendía que sólo era posible la Historia del Derecho desde la previa historicificación del Derecho actual, desde la comprensión histórica de toda su ahistórica fenomenología. El objetivo primario de la Historia del Derecho –que es jurídico e histórico, metodológico y sustantivo al mismo tiempo– había de ser «el de la concepción de los sistemas jurídicos pretéritos» y la superación de la lógica del sistema actual y de su negación de la Historia (p. 335). Proponía que la Historia del Derecho podía y debía constituirse en la antropología de la Historia europea. Por otro lado, sólo sería posible la Historia del Derecho desde la previa historicificación del Derecho actual, desde la comprensión histórica de toda su ahistórica fenomenología. Definió la Historia del Derecho como «ciencia de todos los sistemas normativos u órdenes compulsivos que se han ido sucedido a lo largo de la Historia, pero ciencia a la que igualmente podría accederse desde otras especialidades jurídicas no confinadas en la dogmática, tanto en su caso desde la filosofía o desde la sociología, como también desde las ramas positivas que consigan abrir su horizonte» (p. 336). En el pensamiento de Clavero, existía una «ciencia jurídica integral» en la que se articulaban las distintas especialidades jurídicas, entre ellas la Historia del Derecho que tenía, además, un objeto específico, al que tam-

bién se podía llegar desde las otras especialidades: filosofía del Derecho, sociología jurídica o dogmática. El planteamiento de B. Clavero planteaba algunas lagunas, ya que no distinguía entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico en el sentido, a pesar de que admitía que el Derecho era un «sistema» e, incluso, es más, un «sistema normativo u orden compulsivo» (p. 338). En su planteamiento primero, la Historia del Derecho era ciencia jurídica, pero no Derecho positivo; el Derecho vigente, por su parte, era Derecho positivo, pero no ciencia jurídica, por carecer de historicidad. De esta forma, José Sánchez-Arcilla le atribuía a B. Clavero el mérito de «convertir la Historia del Derecho (=Historia constitucional) en auténtico Derecho vigente» (p. 354). En su manual *Institución histórica del Derecho*, publicado en 1992, hacía un nuevo planteamiento: definía el Derecho como un «ordenamiento de fenómenos sociales» y la Historia del Derecho como «la ciencia de este objeto, de su dimensión en el tiempo» (p. 342). Modificó su concepto normativista del Derecho, pues precisaba que «el Derecho no es hoy ni libertad subjetiva ni el ordenamiento jurídico, sino conjuntamente ambas, la una y la otra» (p. 345). De este modo, con este nuevo planteamiento no hablaba de «historificación» del Derecho actual ni del método –el histórico-jurídico– para superar la «ahistoricidad» (p. 346). Distinguía, asimismo, dos Historias del Derecho: una Historia del Derecho-ordenamiento y una Historia del Derecho-conocimiento. La primera, era la Historia constitucional, y la segunda la cultura jurídica del *ius commune*. En este nuevo planteamiento de B. Clavero, en la Historia del Derecho distinguía, por un lado, la Historia constitucional, que era Derecho, no Historia, y, por otro lado, la Historia del Derecho-conocimiento, que no tenía por objeto el estudio de los «sistemas normativos u órdenes compulsivos que se han sucedido a lo largo de la Historia» (p. 348).

Gustavo Bueno (filósofo que nada tiene que ver con la Historia del Derecho, a la que no ha dedicado ni una sola página de su abundante producción escrita) ha desarrollado una teoría gnoseológica (pp. 366-401), que se constituyó como un nuevo enfoque de la teoría de la ciencia: el cierre categorial. El enfoque gnoseológico implicaba una oposición a los restantes enfoques tradicionales de la ciencia: el lógico formal, el psicológico, el sociológico, el epistemológico y el histórico. Para Bueno existían dos modelos de ciencia: la ciencia categorial estricta o ciencia positiva, que constituía el paradigma de la ciencia moderna; y la ciencia categorial ampliada o ciencias positivas culturales, que implicaban una extensión del modelo anterior a las denominadas ciencias humanas. Su teoría del cierre categorial tomaba como referencia las ciencias positivas, lo que implicaba admitir la ciencia como un hecho dado, dotado de características propias y distintivas de otros hechos naturales o culturales. G. Bueno sostenía que las ciencias más que interpretarlas como un género en relación a la especie, debían ser consideradas como una especie por relación a sus individuos. En la teoría del cierre categorial, el concepto «objeto» de una ciencia era sustituida por el de «campo» gnoseológico, porque para Bueno las ciencias no tenían un objeto, sino campo, en la medida en que algunos de los integrantes de un campo podían ser compartido por diversas ciencias. Además, el campo de una ciencia no podía ser establecido *a priori* respecto a la ciencia en cuestión, puesto que el campo se iba determinando según se fuera desarrollando la propia ciencia (p. 372). Por otro lado, la teoría gnoseológica giraba siempre en las ciencias objetivas en torno a la distinción materia y forma gnoseológica. Esto era lo que diferenciaba a la teoría de la ciencia de la epistemología. De hecho, la teoría de la ciencia se encontraba dentro de las coordenadas de materia/forma gnoseológica. Para precisar qué era la ciencia, según G. Bueno, había que atenerse a la determinación de la materia y de la forma de cada una de las ciencias, así como a la determinación de la naturaleza de su relación. El materialismo gnoseológico que proponía Bueno se presentaba como una crítica a la hipótesis de la materia –descripcionismo–, o de la forma –

teoreticismo–, o de ambas a la vez –adecuacionismo– (p. 377). El materialismo gnosológico borraba, de este modo, la distinción entre materia y forma, pero no implicaba una negación de ambas. Lo que rechazaba era la hipótesis de la verdad científica con la materia, con la forma, o con ambas. La única manera de alcanzar la objetividad de las construcciones objetuales y las proposicionales era mediante el concepto de cierre categorial. Las primeras resultaban de las operaciones en sentido estricto, mientras que las segundas se derivaban de las relaciones. Por otro lado, una construcción objetual inducía siempre a una construcción proposicional, pero no sucedía siempre a la inversa. La gran aportación de Gustavo Bueno fue que la teoría del cierre categorial aspiraba a los procesos de construcción cerrada «en virtud de los cuales unos objetos, que mantienen relaciones entre sí, compuestos o divididos por otros de clases diferentes, pueden llegar a determinar terceros objetos capaces de mantener relaciones del mismo género con los objetos a partir de los cuales se originaron» (pp. 386-387). Sánchez-Arcilla critica el pensamiento de Bueno en la medida en que consideraba a la Jurisprudencia como una simple «praxiología», cuando en realidad ocupa un lugar mucho más elevado dentro de las ciencias humanas (p. 401). También aprovecha Sánchez-Arcilla para lanzar algunas críticas, quizás algo sobradas de tono sobre las fuentes de inspiración de la tesis doctoral, luego libro, de Manuel Santana, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Alicante. Sin embargo, sí se ha escrito y publicado en abundancia sobre las fuentes de inspiración de Sánchez-Arcilla. No resulta tan conocida, no obstante, una de ellas. Observamos numerosas coincidencias entre el clásico de Francesco Calasso *Medio evo del diritto* (1954), y la *Introducción a la Historia del Derecho* de Sánchez-Arcilla, publicada en tres volúmenes (1988). Veámoslas:

[1a] «*divisio legis*, per cui il testo medesimo veniva distinto nelle varie parti di cui logicamente si componeva, e quindi l'*expositio*, che riassumeva e spianava il contenuto nel suo complesso; poi, la *positio casuum*, esemplificazione di fattispecie concrete a scopo didattico; la *collectio notabilium*, le osservazioni più importanti a cui la legge dava luogo; le *oppositioes*, vale a dire le obiezioni possibili; in fine, le *quaestiones*, o problemi controversi che potevano nascere» (Calasso, *Medio evo del diritto*, 1954, p. 571).

[1b] «*Divisio legis* en donde se dividían las distintas partes del pasaje que era objeto del comentario. –*Expositio* consistente en un pequeño desarrollo y síntesis de cada pasaje. –*Positio casuum* o exposición de algunos ejemplos esclarecedores con fines didácticos. –*Collectio notabilium* o reproducción de las opiniones de las opiniones u observaciones que sobre el pasaje comentado han hecho otros maestros. –*Oppositioes* o posibles objeciones que se pudieran hacer a las teorías anteriores. –*Quaestiones* o exposición de los problemas más difíciles que se pudieran suscitar, para dar, finalmente su solución» (José Sánchez-Arcilla *et alia*, *Introducción a la Historia del Derecho*, Madrid, 1988, I, pp. 365-366).

[2a] «... Bartolo da Sassoferrato. Nato... nel 1314, Bartolo conquistava la *licentia docendi* a soli ventun anno alla scuola di Bologna; fu assessore a Pisa e a Todi, e insegnò a Pisa e a Perugia, acquistandosi fama altissima... a parte la cittadinanza che gli concesse Perugia, l'imperatore Carlo IV, dopo averlo nominato suo *consiliarius*..., gli conferì alcuni *iura reservata maiestatis*... Si spargeva... all'età di quarantatré anni... signoreggiò tutte le parti del *Corpus iuris*... profondità del pensiero... Con Bartolo, il metodo dialettico si consolidò, s'impose nelle scuole, diventò l'indirizzo dominante, al punto che un adagio si diffuse e venne ripetuto per secoli: *nullus bonus iurista, nisi sit bartolista*» (F. Calasso, *Medio evo*, pp. 573-574).

[2b] «... Bartolo de Sassoferrato. Nacido en 1314, discípulo de Cino, Bartolo a los veintiún años había obtenido la *licentia docendi* en la Universidad de Bolonia. Ase-

sor de varias ciudades, enseñó también en Pisa y Perugia, que le concedió su ciudadanía. Su fama se extendió rápidamente, por lo que el emperador Carlos IV le nombró consejero y le confirió alguno de los *iura reservata maiestatis*. Murió en Perugia a los cuarenta y tres años. La obra de Bartolo destaca por su extensión –comentó todo el <<Corpus>>, aparte de otras obras– y por la profundidad de pensamiento. Con Bartolo el método escolástico se impuso en todas las Escuelas y el conocimiento de sus obras se convirtió en imprescindible, tal y como aparece en el adagio: *nullus iurista, nisi sit bartolista*» (J. Sánchez Arcilla, *Introducción*, I, pp. 367-368).

[3a] «...*Libro di Tubinga*... nella redazione che è pervenuta a noi, è composta di 133 capitoli, i quali riproducono materiale giustiniano, ma non integralmente come il *Libro di Ashburnham*, bensì rielaborato... Sulla patria di quest'opera si è molto discusso: si volle attribuire alla... Provenza... dell'Italia settentrionale» (F. Calasso, *Medio evo*, pp. 298-299).

[3b] «...*Libro de Tubinga*, tal como ha llegado a nosotros está compuesto de 133 capítulos que no reproducen el material justiniano íntegramente –como lo hace el *Libro de Ashburnham*– (sic) sino resumido, si bien ordenado sistemáticamente. Se discute si fue elaborado en Provenza o en el norte de Italia» (J. Sánchez Arcilla, *Introducción*, I, p. 344).

[4a] «*ratione significationis*, quando... la conciliazione viene tentata avendo riguardo all'intimo spirito delle norme; *ratione temporis*, dimostrando cioè come le norme discordanti risalgono a tempi differenti, e applicando il principio che la norma posteriore deroga all'antérieure; *ratione loci*, avendo riguardo cioè all'ambito originario d'applicazione della norma, e osservando il principio che la norma particolare deroga alla generale; *ratione dispensationis*, dimostrando cioè che una norma ha fatto eccezione all'altra...» (F. Calasso, *Medio evo*, pp. 397-398).

[4b] «*Ratione significationis*, cuando la conciliación se hacía atendiendo al espíritu de la norma. –*Ratione temporis*, demostrando que la discordia de muchas normas obedecía a que habían sido dictadas en épocas distintas; entonces Graciano se sirve del principio <<lex posterior derogat anterior>>. –*Ratione loci*, observando el ámbito originario de aplicación de las normas y aplicando el principio de que la norma particular deroga a la general. –*Ratione dispensationis*, en virtud del cual una norma es excepción de otra» (J. Sánchez-Arcilla, *Introducción*, I, p. 359).

[5a] «Nel 1230 egli dava perciò incarico al suo cappellano, il domenicano Raimondo di Penyafort..., di intraprendere una nuova compilazione, nella quale, *rescatis superfluis*, venisse oviato agl'inconvenienti delle *Quinque compilationes*: le quali perciò si dissero *antiquae*, per rispetto a questa che era in preparazione, e che venne promulgata con la bolla *Rex pacificus* del 5 settembre 1234. L'opera, intitolata *Decretales Gregorii IX*, ma detta anche nell'uso *Liber Extravagantium* (sempre con riferimento al Decreto di Graciano), o più semplicemente *Liber Extra*...» (F. Calasso, *Medio evo*, p. 401).

[5b] «En 1230 el papa Gregorio IX encargaba a su capellán, el dominico español Raimundo de Peñafort, la tarea de emprender una compilación en la cual *rescatis superfluis* y recogiera todo el material contenido en las *Quinque compilationes antiquae*. Verificado en (sic) trabajo, el papa publicó solemnemente la nueva compilación con la bula *Rex pacificus* el 5 de septiembre de 1234 con el título de *Decretales Gregorii IX*. Los otros nombres de *Liber Extravagantium* y *Liber Extra* con los que se denominó esta obra, se le dieron en relación al Decreto de Graciano» (J. Sánchez Arcilla, *Introducción*, I, p. 362).

[6a] «...Bartolo ebbe come discepolo Baldo degli Ubaldi... –nato forse nel 1327, morì nel 1400–, e fu per oltre mezzo secolo sulla cattedra...: Bologna, Peru-

gia, Pisa, Firenze, Pavia. Rivalessi col maestro: e, certo, lo superò per alcuni aspetti. Per esempio, per la versatilità dell'ingegno e l'ampiezza d'orizzonte. Baldo fu insieme civilista e canonista: oltre ai commentari sopra tutte le parti del *Corpus iuris*, egli ha lasciato una *Lectura* sulle Decretali di Gregorio IX... trattato... e dei *Libri feudorum...*» (F. Calasso, *Medio evo*, pp. 577-578).

[6b] «Discípulo de Bartolo fue Baldo de Ubaldo (1327-1400) maestro en Perugia, Bolonia, Pisa, Florencia y Pavia. En algunos aspectos se le puede comparar a su maestro, pero sólo le superó en su mayor formación ya que Baldo no sólo fue civilista sino también canonista... Hizo comentarios a diversas partes del *Corpus*, una *Lectura* a las *Decretales* de Gregorio IX y un tratado sobre los *Libri Feudorum*» (J. Sánchez Arcilla, *Introducción*, I, p. 368).

[7a] «Su di essa ci è pervenuta un'opera esegetica, nota sotto il nome di *Glossa Torinese*, dal manoscritto della Biblioteca Nazionale di Torino che ce l'ha conservata... La redazione pervenutaci della *Glossa Torinese* non è l'originaria, ma risulta dalla stratificazione di nuclei diversi attorno a uno antico, che si riporta sicuramente all'epoca di Giustiniano... Il glossatore si propone semplicemente di aiutare il lettore del testo giustiniano con opportune delucidazioni, le quali però sono di diverso carattere e valore, perchè mentre alcune si limitano a sostituire a un'espressione del testo un'altra più semplice e piana, o a richiamarvi qualche passo parallelo, o a segnarvi qualche antinomia con altri luoghi della compilazione, altre volte invece s'indugiano relativamente a lungo in un succoso svolgimento teorico» (F. Calasso, *Medio evo*, pp. 285-286).

[7b] «Una obra exegética de las Instituciones se conserva en un manuscrito de la Biblioteca Nacional de Turín y se conoce con el nombre de *Glosa Torinese*. Su redacción, tal como ha llegado a nosotros, no es la originaria, sino que es el resultado de varias elaboraciones, pero su sustrato más antiguo se debe remontar a la época del propio Justiniano. El autor intenta ayudar al lector de las Instituciones bien sea con aclaraciones literales, bien sea apuntándole concordancias con otros pasajes de la obra justiniana o, incluso, haciendo pequeñas elaboraciones teóricas» (J. Sánchez-Arcilla, *Introducción*, I, pp. 343-344).

[8a] «...l'*Ordo mellifluus in expositione legum romanarum*: è uno strano mosaico di testi disparatissimi, tolti dalle Istituzioni e dal Codice di Giustiniano, dall'*Epitome Juliani* e... il visigotico Breviario Alariciano» (F. Calasso, *Medio evo*, p. 294).

[8b] «...el *Ordo mellifluus in expositione legum romanarum...* se trata de una obra que recoge de forma desordenada diversos textos del *Código de Justiniano*, de las *Instituciones*, del *Epitome Juliani* y del *Breviario de Alarico...*» (J. Sánchez-Arcilla, *Introducción*, I, p. 344).

[9a] «...*Excerpta bobiensia*, compilazione da collocare fra il IX e il X secolo, composta di 86 capitoli escerpiti dal I e III libro del Codice di Giustiniano e dall'*Epitome Juliani...*» (F. Calasso, *Medio evo*, p. 295).

[9b] «...*Excerpta bobiensia...* es una compilación de 86 capítulos en donde se resumen los libros I y III del *Código de Justiniano* y otros de *Epitome Juliani*. Se debió elaborar entre los siglos IX y X» (J. Sánchez-Arcilla, *Introducción*, I, p. 344).

[10a] «La prima, dovuta a Bernardo da Pavia..., venne composta verso il 1191, e fu detta *Breviarium Extravagantium*: comprendeva tutte le decretali posteriori al Decreto. Merita particolare menzione, perchè in essa per la prima volta viene attuata la divisione sistematica in cinque libri, che rimase poi tradizionale per tutte le compilazioni che seguirono. Ciascun libro è diviso in titoli... e ciascun titolo è suddiviso in capitoli... La *Compilatio secunda* è dovuta a Giovanni di Galles..., e raccoglie le decretali dei papi Clemente III (1187-1191) e Celestino III (1191-1198). La *Compilatio tertia* fu voluta dal pontefice Innocenzo III, che vi raccolse le proprie decretali emanate tra

el 1198 e il 1210..., e venne infatti inviata all'università di Bologna, affinché venisse studiata e adoprata *tam in iudiciis quam in scholis*. La *Compilatio quarta*, composta da un privato, rimasto sconosciuto..., comprende le decretali dello stesso Innocenzo degli anni 1210-1216, oltrechè i canoni del Concilio lateranense IV del 1215. La *Compilatio quinta* ha infine, come la terza, carattere ufficiale, perchè fatta per ordine di Onorio III nel 1226, e raccoglie le decretali di questo pontefice: fu anch'essa inviata alle università di Bologna e di Parigi...» (F. Calasso, *Medio evo*, p. 400).

[10b] «La primera compilación fue obra de Bernardo de Pavía, compuesta hacia el 1191, denominada *Breviarium Extravagantium*, y comprendía los decretales papales posteriores al Decreto hasta esa fecha. Destaca esta compilación por su distribución sistemática en 5 libros.... Esta distribución sistemática en 5 libros se usará para el futuro en las compilaciones posteriores. Los libros están divididos en títulos y cada título subdividido en capítulos. La *Compilatio secunda* fue realizada por Juan de Gales quien recogió las decretales de los papas Clemente III (1187-1191) y Celestino III (1191-1198). La *Compilatio tertia* fue compuesta por Inocencio III, quien recoge sus propias decretales entre 1198 y 1210. Fue enviada expresamente a la Escuela de Bolonia para que fuera aplicada y estudiada *tam in iudiciis quam in scholis*. La *Compilatio quarta* fue compuesta por un autor desconocido y recogió las decretales de Inocencio III de los años 1210 a 1216 y los cánones del IV Concilio de Letrán que se había celebrado en 1215. Por último, la *Compilatio quinta*, fue ordenada por Honorio III en 1226, recogiendo sus decretales y, al igual que la tercera, dada su carácter oficial, fue enviada a Bolonia y a París...» (J. Sánchez-Arcilla, *Introducción*, I, pp. 361-362).

[11a] «Decreto di Graziano... Presero infatti, nell'uso, il nome di *decretales extravagantes*, appunto perchè *extra decretum Gratiani vagabantur*. Crescendo però rapidamente la mole di queste appendici, fu sentito il bisogno di farne delle raccolte a parte... Ma di esse solo cinque emersero, e sono indicate come le *Quinque compilationes antiquae*...» (F. Calasso, *Medio evo*, pp. 399-400).

[11b] «La obra de Graciano... se recopilarán como un apéndice de éste y se les dio el nombre de *Decretales extravagantes* porque *extra decretum Gratiani vagabantur*. Empezaron a surgir así colecciones para recoger este Derecho posterior; de todas ellas, particularmente cinco fueron las que obtuvieron mayor difusión y se las conoce como las *Quinque compilationes antiquae*...» (J. Sánchez-Arcilla, *Introducción*, I, p. 361). En la segunda versión de su *Historia del Derecho y de las instituciones* de 1991, han sido suprimidos estos evidentes plagios, aunque se sigue el manual de José A. Escudero en otros lugares con incontestable fidelidad conceptual.

En la obra de Sánchez-Arcilla, *Manual de Historia del Derecho*, publicada en 2004 el planteamiento es distinto y resulta difícil ver que Sánchez-Arcilla vuelva a caer en sus defectos de antaño, que ya fueron denunciados por Benjamín González Alonso en la *Revista de Estudios Políticos*, en aquel afamado artículo titulado «Renacimiento y miseria en la historia institucional», n° 33, Nueva Época (mayo-junio, 1983), pp. 169-185, donde señala que lo de Sánchez-Arcilla no es «milago», azar» o «coincidencia fortuita» (p. 185), hablando de que «entre la milagrería y la superchería media un trecho muy corto» (p. 185). Y esto está publicado por el entonces Centro de Estudios Constitucionales. Pero en el *Manual de Historia del Derecho* de 2004 son otros los problemas ¿A qué viene poner en latín esos párrafos tan largos en un manual, cuando están traducidos al castellano? ¿Seguro que se ha consultado directamente a Bartolo, y Baldo, cuando además no se dice de que obra proceden? Por otro lado Sánchez-Arcilla arremete de forma inapropiada contra los que asignaron al área de conocimiento n° 470 en España el nombre de «Historia del Derecho y de las Instituciones», ya que con la simple refe-

rencia de «Historia del Derecho» estarían incluidas las Instituciones. Afortunadamente en el Consejo de Universidades no hicieron caso a Sánchez-Arcilla, y probablemente ni llegaron a consultarle, sino que recurrieron a otras fuentes y a las que le facilitaba el propio Derecho comparado. En Francia, el país más relevante del mundo en Historia del Derecho, se denomina Historia del Derecho, de las Instituciones y de los Hechos Sociales y Económicos. En Bélgica hay ya unos *Cahiers d'histoire du droit et des institutions*, mientras que en Italia hay dos áreas de conocimiento, la Historia del Derecho medieval y moderno y la Historia de las instituciones políticas. El argumento carpeto-vetónico de Sánchez-Arcilla cae por su propio peso, aunque buena parte del peso de la obra del insigne profesor madrileño sea más bien liviano.

La teoría del Derecho elaborada por Gregorio Robles (filósofo del Derecho) (pp. 401-415) partía del iusnaturalismo y del positivismo ya que, a pesar de su antagonismo, ambos coincidían en encontrar la solución ontológica a qué era el Derecho partiendo de que el Derecho era algo descriptible. Como tanto el iusnaturalismo como el positivismo han sido incapaces de resolver esta cuestión, G. Robles propuso un nuevo planteamiento, que comprendía tanto a la idea como al hecho: el lenguaje del Derecho. Para Gregorio Robles el lenguaje del Derecho constituía la vía superadora y comprensiva de la teoría del Derecho natural y del positivismo jurídico (pp. 403-404). De esta manera, la teoría del Derecho, entendida como el análisis del lenguaje de los juristas, no se podía identificar ni con la Filosofía del Derecho en sentido estricto, ni con la doctrina iusnaturalista, ni tampoco podía confundirse con la teoría general del Derecho (pp. 405-408). Esta teoría del Derecho diseñada por Robles ha sido completada y desarrollada con la teoría ontológica por la que se concebía el Derecho como un «texto»: el Derecho como fenómeno se manifiesta como texto, y a través del texto llegamos a la cosa en sí, que es inaprensible, la esencia. De esta forma, cuando Robles afirmaba que el Derecho era texto, estaba manifestando que el Derecho aparecía o se manifestaba como texto, su esencia era ser texto, y su existencia real era idéntica a la existencia real de un texto (pp. 408-409). En otras palabras, el ordenamiento jurídico no era otra cosa que el texto jurídico tal y como ha sido generado por las autoridades que tomaban las decisiones jurídicas. Esto era, en palabras de Robles, el texto jurídico en bruto o material jurídico. Este texto en bruto era sometido a un proceso de reelaboración que generaba un nuevo texto jurídico, y ese nuevo texto jurídico elaborado era el resultado de la dogmática jurídica (p. 412). José Sánchez-Arcilla ha acogido los planteamientos de Gregorio Robles ya que «tienen para la Historia del Derecho indiscutibles ventajas, no sólo por la rica problemática que ofrecen y superar problemas ontológicos que se presentaban como irreconciliables, sino también por su propia concepción del Derecho como 'texto'» (p. 414). Pero ha matizado que, «adoptar estos planteamientos tampoco significa que se identifique el campo de la ciencia jurídica con el 'texto jurídico': una cosa es el concepto de Derecho y otra cosa es el campo (objeto) de la ciencia jurídica» (p. 415). De esta forma, esta teoría permitía resolver algunos problemas conceptuales y metodológicos que hasta este momento eran irresolubles. Al analizar la Historia [histórica] del Derecho y la Historia [jurídica] del Derecho (pp. 431-447), Sánchez-Arcilla ha señalado que los defensores del neohistoricismo han conformado su historia jurídica dando preponderancia a los términos metajurídicos del campo de la Historia del Derecho. De esta manera construyeron una Historia [histórica] del Derecho. Los aspectos más jurídicos han sido relegados a un segundo plano o eliminados con la finalidad de hacer una historia más interesante a los historiadores generales (p. 441). Por este motivo, la crítica que ha hecho Sánchez-Arcilla ha sido que se sustentaba fundamentalmente en aspectos de naturaleza interpretativa y, por consiguiente, subjetiva, ya que estaban sujetos a la relatividad del conocimiento histórico. Sánchez-Arcilla Bernal ha entendi-

do, por otro lado, que la Historia [histórica] del Derecho se conformaba esencialmente con los términos metajurídicos del campo y con una forma que limitaba al sujeto operativo, como consecuencia de su distanciamiento temporal respecto al fenómeno; la Historia [jurídica] del Derecho lo hacía esencialmente sobre los términos jurídicos que se manifestaban íntegramente como fenómenos en el texto de la norma y, por consiguiente, podían ser aprehendidos por el sujeto operativo en toda su dimensión. De ahí que haya afirmado que «las verdades científicas que se pueden construir desde una Historia [jurídica] del Derecho alcanzan un mayor grado de veracidad respecto a las propuestas de verosimilitud que se pueden hacer desde una Historia [histórica] del Derecho» (p. 446). La utilización de la teoría del cierre categorial tendría una serie de limitaciones, y sólo a partir de la Edad Moderna se podría construir una historia jurídica con altos niveles de científicidad; para las épocas anteriores sólo sería factible una Historia jurídica limitada científicamente. De ahí que Sánchez-Arcilla haya propuesto en la Historia [jurídica] del Derecho la utilización de textos normativos, documentos de aplicación del Derecho, sentencias judiciales y la literatura jurídica (p. 450). Cierra así su obra el catedrático de la Complutense llegando a la conclusión de que hay que lograr que los alumnos piensen jurídicamente y que «la Historia del Derecho no progresa más porque se publique más» (p. 469).

Se habla mucho en nuestros días de lugares «dónde» se publica, pero poco de «cómo» se publica, de los saberes traslaticios que fundamentan algunas publicaciones y en particular aquellas de síntesis, que no indican la bibliografía manejada.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

SAVENCO, G. V.: *Códigos españoles medievales. El Fuero de Cuenca (1189-siglo XIII). Códice Valentino. El Fuero de Sepúlveda (1300). Traducido del castellano medieval al ruso por G.V. Savenco, acompañada de prefacio, notas explicativas. Departamento de Historia del Derecho y del Estado. Fac. de Derecho. Universidad Estatal de Moscú. Editorial Zertsálo, Moscú, 2004, 528 pp.*

Esta obra obedece al renovado interés de la historiografía rusa de los últimos años por los estudios dedicados a los problemas de la historia institucional y del derecho de la Alta y Baja Edad Media en Europa. Antes de la aparición de este libro *ni uno* de los fueros extensos castellanos medievales había sido traducido y editado en Rusia. El objetivo que el autor confiesa alcanzar consiste, de una parte, en aportar material para la historia del municipio castellano y, por otro, en facilitar el acceso a los textos forales. Con ese fin, el material de la obra aparece distribuida en cuatro partes.

En el estudio preliminar –primera parte– el autor ha examinado las circunstancias de la repoblación de Sepúlveda y el otorgamiento del fuero breve en 1076; la conquista de Cuenca, el problema de su fuero, la aparición y la supuesta confirmación del fuero de Sepúlveda de 1305. El análisis de las fuentes incluye tanto la información de las redacciones del fuero del Cuenca y de las adiciones hechas en el siglo XIII, como la técnica jurídica de los redactores de este fuero. Es meritorio el interés del autor por mostrar las relaciones, concordancias y diferencias legales entre el fuero de Cuenca y el fuero de Sepúlveda destacando, en la línea marcada en su momento por Gibert, la parte peculiar del fuero de Sepúlveda. De esta manera se enfoca la estructura jurídico-política del concejo medieval extremadurano y transerrano: la Villa –los magistrados, sus funciones,

parroquias– y su ámbito jurisdiccional, la Tierra –aldeas y sexmos. El análisis se apoya, además de en los fueros mencionados, en otras fuentes tales como los ordenamientos y cuadernos de las Cortes, diplomas de Fernando III, Alfonso X, Sancho IV, Fernando IV y otros fueros locales.

En la segunda y tercera parte se publican los textos de los fueros de Cuenca (Código Valentino) y de Sepúlveda (*circa* 1305) traducidos del castellano medieval al ruso. Cada parte se completa con notas explicativas, comentarios y una tabla analítica. La traducción aspira no solo a conservar el sentido, sino que también la forma y la rítmica de las cláusulas forales, evitando en lo posible reestructurarlas o interpretarlas. El apéndice –cuarta parte– recoge la traducción del fuero breve de Sepúlveda de 1076 junto con una serie de cuadros expresivos de la difusión de los fueros de la familia de Cuenca-Teruel y de Sepúlveda-Uclés.

Saludamos con satisfacción este importante trabajo deseando a la Cátedra de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Moscú los mayores éxitos en su proyecto de edición de textos jurídicos españoles medievales.

JAVIER ALVARADO PLANAS

UREÑA Y SMENJAUD, Rafael : *La Legislación gótico-hispana: (Leges antiquiores-Liber Iudiciorum)*. Estudio crítico. Edición de Carlos Petit. Urgoiti Editores (Pamplona 2003).

Desde junio de 2003 contamos con una nueva edición de la obra de Rafael Ureña y Smenjaud *Legislación gótico-hispana: (Leges antiquiores-Liber Iudiciorum)*. Estudio crítico, a cargo de Carlos Petit, que ha sido publicada en una muy cuidada edición de Urgoiti Editores.

Es digna de alabanza esta iniciativa, que ha permitido recuperar una obra clásica de la historia de la legislación visigoda. Este ámbito de estudio mantiene todavía intactas muchas zonas de penumbra, que los años transcurridos desde 1905, en que la obra de Ureña vio la luz por primera vez, no han conseguido disipar. Las leyes visigodas, su evolución y autoría, sigue siendo un objeto de investigación pleno de interrogantes, que se resiste a conclusiones definitivas. De ahí la oportunidad del rescate llevado a cabo por Carlos Petit, que facilita y pone al día la consulta de una obra que sigue siendo extremadamente útil para adentrarse en el laberinto visigodo.

La obra, en su nueva edición, se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, un sugerente estudio del editor (pp. VIII-CXLVI) –al que haré referencia más adelante– nos introduce en el ámbito personal de Ureña. Esta presentación va acompañada de una cronología (pp. CXLVII-CLIX) con los hitos de la vida del ilustre visigotista, seguida de una relación de toda su bibliografía (pp. CLXI-CLXXIV). Después de esta completa introducción al autor y a su producción bibliográfica, se nos ofrece la reeditada *Legislación gótico-hispana...* en su nueva impresión (pp. 5-450) ¹, a cuyo texto original se han incorporado algunas pequeñas correcciones estilísticas y gramaticales y añadido algunas notas, todo ello convenientemente detallado por Petit (p. 3). Al final del

¹ Se recoge también en el texto de Ureña, y es de agradecer, el lugar de la antigua paginación de la obra.t

volumen, una nueva intervención del editor («*Apéndices a nuestra edición*» p. 451) nos brinda la lectura de una tarjeta postal de Henrich Brunner ², así como algunas notas manuscritas que permanecían inéditas entre las páginas de la copia de trabajo de Ureña y que se encontraban en manos de su familia (pp. 453-458). Por último, se insertan unos muy útiles índices –onomástico (pp. 461-486), de fuentes (pp. 487-502), de materias (pp. 503-511) y de manuscritos (pp.513-515)–, que junto con el índice de contenido (pp. 517-519) de que ya disponía la obra de Ureña, hacen de ésta un instrumento científico mucho más accesible que la edición original y facilitan enormemente el trabajo de consulta del libro.

Resulta sugerente el método elegido por el editor Petit, también él destacado visigotista, para glosar la figura y la obra de Ureña: indagar en su biblioteca convirtiéndola en metáfora de su vida. «*Una vida en biblioteca*» [p. IX] es la propuesta de Petit para abordar al estudioso, y su método, convertir la *biografía* en *bibliografía* [X]. Y, efectivamente, la biblioteca de Ureña nos devuelve como un espejo su imagen, pero también, en un interesante juego de reflejos, la de su editor. Ahora bien, si a través del prólogo de Petit llegamos a conocer a fondo la vida académica y la obra de Ureña, no es este objetivo el único que espera a quien se acerque a esas páginas del libro, pues la propia vida universitaria española de las postrimerías del siglo XIX va a desfilar por ellas a medida que la transita Ureña y su biblioteca. Promociones, acceso y creación de cátedras, fundación de revistas, (exiguos) recursos económicos de la Universidad, relaciones académicas entre estudiosos, contactos internacionales y demás aspectos de la vida universitaria van a ser tratados junto con nuestro protagonista. Es un repaso de la intrahistoria de la Universidad española del siglo XIX

La obra que, en su nuevo formato y con las posibilidades que los índices le aportan, tenemos a nuestra disposición, sigue siendo un clásico ineludible para adentrarse en el enrevesado mundo de la legislación visigoda. Es destacable la facilidad con se lee y se sigue a Ureña en el arduo y difícil *iter* de manuscritos, ediciones, variantes textuales y toda la rica gama de información que el libro ofrece ³. Una parte de esta meritoria forma expositiva se puede atribuir a su conocimiento profundo y de primera mano de lo que escribe, y también a su deseo consciente de transmitir una información que sabe valiosa y compleja ⁴. En todo caso, se le debe reconocer un rotundo éxito en convertir en accesible lo que, si quizá sería exagerado calificar de inaccesible, no puede sin embargo dejar de considerarse, cuando menos, bastante enmarañado.

² Enviada a Ureña con motivo de una curiosa disensión sobre el origen y uso del vocablo alemán *adcapitulare* por parte del profesor alemán.

³ Y ello a pesar de la escasez de medios de la Universidad española, que le lleva a una amarga crítica del Gobierno: «No ha llegado todavía a mis manos, por desgracia, la tan deseada edición de Mommsen del *Codex Theodosianus cum Constitutionibus Sirmondianis, Berolini, MCMIV*. Hay que tener presente, aunque cause sonrojo confesarlo, la serie de dificultades, de ordinario casi invencibles, con que lucha el profesorado español para la adquisición del material científico» (p. 238 núm. 208 y también en p. 81 núm. 103). A la hora de recoger sus conclusiones, no puede Ureña ser más explícito: «El profesor español carece de toda clase de medios, no ya para intervenir en la lucha científica, sino para vencer en la lucha por la vida. Trabaja aislado y pobre, sin medios económicos para decorosamente poder subsistir y sin medios científicos bastantes para realizar, como la moderna cultura exige, la sacrosanta misión de la enseñanza» (p. 450).

⁴ Como el propio Ureña reconoce: «La transformación evolutiva de la *Lex Visigothorum* es en realidad tan amplia como complicada; tal vez la más extensa e interesante de las que integran el general desarrollo de las legislaciones bárbaras (p. 163). También leemos: «...en el movimiento que acabamos de reseñar de la Literatura jurídica relativa a la España goda, ¡cuántos cambios hemos visto de opinión, cuántas rectificaciones de doctrina!» (p. 22).

Todo el conjunto de la obra mantiene el mismo nivel de claridad, a lo que debe unirse lo detenido y puntilloso de sus explicaciones. Es una lectura, la de este Ureña, amena para cualquiera que tenga un mínimo interés en el tema tratado.

La monografía, como es bien conocido, parte en su capítulo I de una síntesis bibliográfica, o estado de la cuestión, de la literatura jurídica del siglo XIX relativa a la época visigoda, para adentrarse en el capítulo II en un detenido estudio de todas las ediciones de los textos legales visigodos. En primer lugar, pasa revista a los anteriores al *Liber Iudiciorum* de Recesvinto y, después, se ocupa de todas las sucesivas ediciones de la *Lex Visigothorum*⁵, incluida la última de Zeumer, que, de alguna manera, es, además, la responsable del propio trabajo crítico de Ureña y que es analizada con eficiencia y esmero (así, por ejemplo, sus observaciones críticas sobre ausencias reseñables en la edición zeumeriana p. 78). El capítulo III afronta un punto álgido en los estudios visigóticos: en él Ureña ofrece su propuesta, razonada y profusamente argumentada, de evolución histórica de la legislación visigoda. Por último, un capítulo IV, a modo de apéndice, sirve de vehículo para la colación de textos legales visigodos de diferente origen. Nos encontramos, por tanto, ante una investigación global y específicamente destinada a clarificar y ordenar ese ámbito legal visigodo, tan complicado y oscuro. Otras obras posteriores han venido a ofrecer nuevas revisiones de este tema, pero la de Ureña aún sobresale de entre todas ellas como guía didáctica y sencilla para transitar con seguridad por el laberinto⁶.

De los muchos aspectos capitales que podrían comentarse del libro de Ureña, me detengo, en este momento, en tres cuestiones importantes:

a) Me parece destacable que Ureña apueste (pp. 249-250, 343 y ss.) por el conocimiento y la utilización de la obra de Justiniano por parte de los legisladores visigodos, propiciado, en su opinión, por los 70 años –desde Atanagildo (551) a Suintila (624)– de ocupación bizantina de «*los territorios del Levante y del Mediodía de España*». La propia división de la LV en 12 libros lo sería a imitación del Código de Justiniano⁷. Este planteamiento general de Ureña me parece digno de ser compartido, y

⁵ Pasa revista (pp. 36-81) a la edición de P. Pithou (1579), A. Schott (1606), F. Lindenbrog (1613), P. Georgisch (1738), M. Bouquet (1741), F. P. Canciani (1789), Academia Española (1815), F. Walter (1824), Rivadeneyra (1847 y 1872), Academia de Ciencias de Lisboa (1856), C. Fernández Elías (1878) y las dos de Zeumer (1894 y 1902). Aunque encuentre innovación y diversidad con respecto a la precedente sólo con las ediciones de P. Pithou (1579), F. Lindenbrog (1613), M. Bouquet (1741), Academia Española (1815), F. Walter (1824), y las dos de Zeumer (1894 y 1902).

⁶ Ureña es perfectamente consciente de la dificultad de su tarea, que emprende, además, con un encomiable espíritu investigador. En sus propias palabras: «al propio tiempo, en toda esta materia, hállase el investigador solicitado por corrientes diversas, impetuosas las unas, verdaderamente sugestivas las otras, que hacen difícil el conservar la serenidad de ánimo necesaria para no traspasar los límites de la certidumbre histórica y dejarse llevar de las más atrevidas y menos fundadas hipótesis. Así es que, para conjurar semejantes peligros, el criterio adoptado por nosotros en este estudio se caracteriza por una extrema prudencia, íntimamente unida a nuestro espíritu crítico, siempre dispuesto a rectificar de buen grado, no sólo cualquier [170] involuntario error que en la investigación se deslice, sino todas aquellas conclusiones que nuevos hechos vengan a destruir y esencial o accidentalmente a modificar. Mejor queremos aparecer tímidos, dudosos y vacilantes, que se crea enderezamos la indagación hacia el triunfo de doctrinas o soluciones preconcebidas. A los meridionales se nos ha tachado, y con razón, de apasionados; lo somos realmente, pero en la investigación científica, solemos revestirnos de la frialdad característica de los hombres del Norte» (pp. 129-130).

un trabajo definitivo de análisis comparado entre ambas legislaciones, todavía pendiente, creo que pondría de manifiesto la validez del mismo.

b) En lo concerniente al uso de las fuentes de derecho romano, Ureña (pp. 201-202) avanza como criterio de identificación de un texto del CE la influencia en el mismo de derecho romano no contenido en la LRV. Sin embargo, esta vía exclusiva de filiación pone indirectamente en cuestión la posible existencia en la Hispania visigoda de textos romanos que pudieran haber sido utilizados de forma independiente a la LRV y que habrían ejercido su influencia ya en los estratos más antiguos de la LV. Con todo, el propio Ureña no descarta la existencia de estos materiales e intuye la posible influencia de colecciones privadas de extractos de juristas romanos clásicos (p. 250), fuentes estas de las que se habrían servido los legisladores de la Cancillería de la monarquía visigoda –los «Tribonianos anónimos», como el que trabaja para Ervigio (p. 112)– y también, por supuesto, «los teólogos legistas», en acertada expresión de Ureña. Indudablemente, las bibliotecas de la época y su contenido no dejan de ser una de las claves para el conocimiento de este período.

c) Quisiera, por último, destacar la visión de Ureña, que comparto, tanto sobre la relación entre arrianos y católicos como, con posterioridad, entre la Iglesia católica y la monarquía. Su interpretación de la relación arriano-católica le lleva a afirmar que el arrianismo se desarrolló en el terreno teológico estrictamente, sin repercusión ni en la organización ni en la disciplina eclesiástica (p. 204) y, por tanto, sin una incidencia reseñable en el ámbito jurídico. La situación cambia con la conversión de Recaredo al catolicismo, cuando: «el altar se apoya en el trono y el trono en el altar, y los Concilios de Toledo, con o sin la intervención de los próceres godos, extendieron insensiblemente su acción legislativa a todos los importantes problemas de la gobernación del Estado» (pp. 324-325). A partir de ese momento reconoce Ureña en los concilios el carácter de asamblea nacional de índole político-religiosa, en los que –convocados por los monarcas y sin que abandonen, por ello, su suprema facultad legislativa⁸– se creó una muy abundante legislación civil, sobre todo de derecho público, no siempre agregada a la LV. No deja de sorprender la importancia de los asuntos que se legislan exclusivamente a través de cánones conciliares, e igualmente llamativa es la influencia de la legislación conciliar en las leyes visigodas.

Para concluir estas líneas puede afirmarse que quien quiera iniciarse o tener una primera toma de contacto con el laberinto del derecho visigodo continúa teniendo en la obra de Ureña un punto de referencia inexcusable, y ahora, tras la edición de Petit, en un formato mucho más accesible.

ESPERANZA OSABA

VILLA GIL, Luis Enrique de la: *La formación histórica del Derecho español del trabajo*. Editorial Comares, Granada, 2003, 512 pp.

Con esta obra, que recupera a un clásico en materia laboral, esta vez de la mano de su propio protagonista, Luis Enrique de la Villa no pretendía elaborar, como él mismo señala, «una historia del trabajo, como hecho social», sino «una historia de su regula-

⁷ La división en títulos de la LV sería obra de Braulio de Zaragoza, y su distribución en 12 libros, atribuible a los «teólogos legistas del VIII Concilio de Toledo» (p. 354).

⁸ Ureña ofrece una interesante muestra de la variedad de vías legislativas de que disponía un monarca, en concreto, en el caso de Recesvinto (pp. 361-362).

ción jurídica», aunque también es cierto que el jurista no puede desprenderse de aquella (p. 3). Pero, en realidad, apenas contamos con información fiable sobre las rudimentarias formas de organización social del trabajo en las edades prehistóricas: de piedra, de bronce y de hierro; si bien los datos de las civilizaciones primitivas, en la edad antigua, fueron más abundantes y aportaban mayor información. De la Villa Gil, al analizar las civilizaciones que entraron en contacto con la península hispana –como fue el caso del pueblo fenicio– destaca la idea de que «tampoco son decisivos», si bien «parece, pese a todo, que en los pueblos íberos ya se distingue entre libres y esclavos» (p. 6). Pero hasta la influencia de las instituciones jurídicas romanas en Hispania no se alcanzó, sin embargo, una gran perfección en su regulación, que sentó un precedente de gran trascendencia en la Historia, como la *locatio conductio operarum* o la *locatio conductio operis*, entre otras, que representaban el remoto origen de las instituciones que hoy conocemos como trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia, respectivamente. De la Villa Gil distingue cinco regímenes de organización del trabajo en el mundo romano, que más tarde fueron asumidos en Hispania: trabajo de los hombres libres, de los libertos, de los esclavos, de los colonos y el de los encomendados (pp. 16-18). A partir del siglo v se inició la invasión por los pueblos germánicos: vándalos, alanos, suevos y visigodos. El pueblo visigodo mantuvo la distinción entre nobles, simplemente libres (*minores* o *humiliores*) y siervos, si bien tuvo como particularidad la crisis de los *collegia*, que supuso la liberación de los artesanos adscritos o vinculados a sus profesiones y oficios, y la misma desvirtuación de esta ocupación. En este momento se mantenían las clases sociales intermedias, que estaban constituidas por los encomendados, colonos y libertos. A partir del 711, tras las primeras invasiones musulmanas, se inició un dominio de este pueblo, que se prolongó, como es lugar común recordar, hasta 1492. Pero como defiende De la Villa Gil el derecho musulmán «no tuvo gran predicamento en la península, ni dentro ni fuera de Al-Andalus, en el que se aplicaba, al menos para un considerable sector de población, el *Liber judiciorum*» (pp. 25-26). Esta cuestión De la Villa, a nuestro modesto entender, la trata con una cierta ligereza, siendo problema complejo y en buena parte desconocido. Al mismo tiempo, se inició un proceso de deslatifundismo, que aumentó el número de pequeños propietarios que trabajaban por cuenta propia, y que tuvo efectos muy beneficiosos para la tierra. A partir del siglo xi comenzó un proceso de desaparición de las diferencias entre esclavos, libertos, colonos y simplemente libres, lo que favoreció el auge de una nueva institución: la encomendación. En el siglo xiv tuvo lugar un acontecimiento novedoso hasta ese momento, como fue la fusión cofradía-gremio, o la sustitución de aquélla, de forma que en el siguiente siglo, y más intensamente en el xvi, el régimen de trabajo que se seguía era la organización gremial. A partir del siglo xviii en la península la posesión de esclavos representaba un lujo, más destinado al ornato y al servicio doméstico.

La época contemporánea y, en concreto, la etapa liberal, que tuvieron su origen en España en 1808 o en 1812, se caracterizaron por un nuevo régimen económico, jurídico y político. En los artículos 455-469 del proyecto de Código civil de 1821 se recogió una regulación detallada del contrato de trabajo, y aludía de forma expresa a los poderes organizativos del superior y a la dignidad del dependiente, pero no llegó a tener vigencia; pero el Real Decreto de 24 de julio de 1889, que aprobó el Código civil español vigente, sólo dedicaba cinco artículos al arrendamiento de servicios (arts. 1583 a 1587), en su modalidad de servicio de criados y trabajadores asalariados. En España la norma sobre protección de obreros débiles más importante fue la conocida como ley Benot, de 24 de julio de 1873, que bien pudo ser la primera de las leyes obreras españolas en sentido estricto, y que establecía como prohibición fundamental la de no admitir el trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición o mina, a los niños y niñas menores de diez

años. Como complemento a la ley de 1873, se dictó la de 26 de julio de 1878, que determinaba la protección para los niños menores de dieciséis años contra las actividades peligrosas, o que requiriesen fuerza, equilibrio o dislocación. A comienzos del siglo pasado se inició un proceso de sistematización y coherencia de las normas hasta el momento dispersas. De hecho, con la ley de 13 de marzo de 1900, se superó a su precedente –la ley Benot– y se prohibía el trabajo industrial nocturno de la mujer en talleres y fábricas mediante la ley de 11 de julio de 1912. La ley Dato, de 30 de enero de 1900, estaba considerada como la primera norma digna de figurar en un código de trabajo, ya que aportó definiciones tales como «accidente de trabajo», de «patrono» o de «operario», que han llegado a ser clásicas en el Derecho laboral español.

El Real Decreto de 20 de junio de 1902, que era aplicable a las relaciones obrero-patronales en el ámbito de las obras públicas, establecía que en los contratos celebrados entre los obreros y los concesionarios habría de estipularse la duración, los requisitos para su denuncia y suspensión, el número de horas de trabajo, así como el precio del jornal. Como señala De la Villa Gil, «el primer contrato que se regula, siendo su objeto la prestación de servicios a cambio de la enseñanza o instrucción del que los presta, es el contrato de aprendizaje, por Ley de 17 de julio de 1911» (p. 93). La ley de 27 de diciembre de 1910 –cuyo Real Decreto es de 29 de febrero de 1912–, que se aplicaba a la minería, establecía una limitación de la jornada laboral a un máximo de nueve horas al día, como regla general, aunque admitía excepciones, por la naturaleza y urgencia de los trabajos, e imponía estrictas limitaciones en los supuestos de especial penosidad. Aunque la protección a la vejez se remonta a la creación del Instituto Nacional de Previsión (I.N.P.), no fue hasta la publicación del Real Decreto de 11 de marzo de 1919 cuando se estableció el régimen de intensificación de retiros obreros para la constitución del seguro obligatorio de vejez. A partir de 1920 comenzó a surgir un nuevo conjunto coherente de principios y de normas que incidían en el contrato de trabajo. De hecho, no fue hasta el Real Decreto de 3 de abril de 1920 cuando se implantó en España la jornada laboral máxima legal de ocho horas en toda clase de trabajos, a diferencia de las legislaciones laborales más progresistas, que no la habían generalizado. De la Villa Gil es un acérrimo defensor de que «cabe pensar que el derecho obrero aparece en España... entre 1920 y 1931» (p. 136). El Real Decreto de 21 de agosto de 1923, que desarrollaba la ley de 13 de julio del año anterior, establecía a favor de las mujeres asalariadas una prohibición de trabajo durante un periodo de seis semanas posteriores al parto. Con posterioridad se dictó un elenco de normativa en materia de salarios; descanso dominical; jornada como la Real Orden de 15 de enero de 1920 sobre excepciones a la jornada máxima legal para trabajos; seguridad e higiene; accidentes de trabajo, como los regulados en la Real Orden de 4 de marzo de 1926; asimismo, la Real Orden de 29 de septiembre de 1920 creó un Servicio general de colocación y otro de estadística de la oferta y demanda de la mano de obra, y la Real Orden de 27 de marzo obligaba a los mutualistas a contratar un seguro dotal infantil a los veinticinco años de edad (pp. 145-164).

Ante la necesidad de una recopilación oficial, la Real Orden de 22 de febrero de 1924 constituyó una Comisión para que procediera a sistematizar las materias: accidentes, reglamentación, inspección, conflictos y organismos y servicios del trabajo. Fruto de ese trabajo fue la aprobación del Código de Trabajo mediante R D L de 23 de agosto de 1926, que, en palabras de Luis Enrique de la Villa «regula, por primera vez en el derecho español, el contrato de trabajo» (p. 187). El primero de los libros estaba dedicado al contrato de trabajo; el segundo al contrato de aprendizaje, y los dos últimos a los accidentes de trabajo y a los tribunales industriales, respectivamente (pp. 188-205). En opinión de Luis Enrique de la Villa «los convenios o pactos colectivos no serían

objeto de reglamentación específica, si bien su existencia o virtualidad en el período fueron indiscutibles» (p. 220).

La sanción de la Constitución republicana tuvo lugar el 9 de diciembre de 1931, y a partir de ese momento comenzó un período de impulso de las reformas llevadas a cabo durante la vigencia de la dictadura de Primo de Rivera. La irrenunciabilidad de los derechos, la igualdad de trato, entre otros, se presentaban como algunos de los principios fundamentales. Al dictarse a finales de 1931, en noviembre, la Ley del Contrato de Trabajo se estableció el régimen de normas jurídicas positivas del derecho de trabajo (arts. 9 y 66). También regulaba los pactos colectivos, en sus arts. 12 y 62 a 65. La valoración de Luis Enrique de la Villa, respecto al contrato individual de trabajo, es que «es muy superior a la del Código de Trabajo de 1926» (p. 316). Además, diferenciaba entre contratos individuales o colectivos, verbales o escritos, por tiempo indefinido, o por tiempo cierto, así como para obra o servicio determinado (arts. 14 a 21). El contrato de trabajo se configuraba, asimismo, como un acuerdo de efectos recíprocos y de naturaleza sinalagmática, si bien existían algunas excepciones, como las previstas en el artículo 37. Asimismo, el artículo 56 regulaba por vez primera y con carácter general las vacaciones anuales, y reconocía al trabajador el permiso ininterrumpido de siete días, cuando el contrato de trabajo había tenido una duración mínima de un año. Pero la ley de bases de 4 de julio de 1932, que modificaba el articulado del Código de trabajo de 1926, introdujo como novedad la obligatoriedad del aseguramiento para los accidentes que produjeran incapacidades permanentes. Pero la normativa que afectaba a la materia laboral se presentaba más amplia: la ley de jornada máxima, de 1 de julio de 1931, la ley de colocación obligatoria, de 27 de noviembre de 1931, o la ley contra el paro, de 7 de julio de 1934. Además, por primera vez en la historia española se aprobó una ley específica para la asociación profesional, de 8 de abril de 1934.

Durante la guerra civil española (1936-1939) se produjo un estancamiento en la evolución de las leyes laborales y de seguridad social, a consecuencia de la falta de medios y la precaria organización de la vida pública. Mientras que el Decreto de 19 de febrero de 1938, dictado en territorio republicano (pp. 443-476), ampliaba, en ciertos casos, la jornada semanal de trabajo, la España nacional (pp. 476-505) eliminaba las garantías que repercutían en el bienestar de los trabajadores, con la única pretensión de asegurar las cosechas.

Tras la segunda Guerra Mundial, el 30 de mayo de 1946 se firmó un acuerdo entre las Naciones Unidas y la OIT (Organización Internacional del Trabajo), por el que las Naciones Unidas reconocieron a la OIT el carácter de organismo especializado de la ONU y competencia para emprender la acción que considerase oportuna. Pero las atribuciones de este organismo no estaban circunscritas a aspectos jurídicos laborales, sino que también contemplaba distintos tipos de profesionales como los dedicados al servicio doméstico, profesionales libres, funcionarios, artesanos, cooperativistas, etc. Este organismo procedió en 1941 a una recopilación sistemática en forma de Código de todos los convenios y de las recomendaciones emanadas de él, que se conocería como Código Internacional de Trabajo, en el período comprendido entre 1919 y 1939; si bien posteriormente se hicieron varias versiones –inglesa y francesa–, que ampliaban los años de aplicación, así como una edición española en 1957 que amplió la recopilación hasta el año 1955 (p. 258).

Con esta tercera versión –las dos primeras quedaron inéditas, ya que tanto la primera de ellas, que fue elaborada en el período comprendido entre los años 1960 y 1962, y que estaba reducida a 169 páginas, como la segunda de 1969, con sus 386 páginas también mecanografiadas, fueron los materiales utilizados para participar en las oposiciones a las cátedras a distintas universidades españolas a las que concurrió Luis Enrique de la Villa– que nos presenta la Editorial Comares en su reconocida «Colección Crítica del Derecho»,

se recupera otro clásico, esta vez inédito. La versión de 1969 coincidía casi en un noventa por ciento con esta obra de 512 páginas, con algunos retoques y añadidos. El mismo De la Villa Gil, afirma que: «ni siquiera me ha parecido conveniente la actualización de alguno de los contenidos más afectados por el paso del tiempo, pues la posible ventaja de semejante puesta al día se habría neutralizado con la probable incoherencia del conjunto» (p. XVI). Esta es la causa por la que ni siquiera se mencionan obras fundamentales en esta materia de Alfredo Montoya Melgar, Manuel Carlos Palomeque López o de Antonio Martín Valverde, pero no por ello deja de tener vigencia y rigor su contenido. El presente libro de Luis Enrique de la Villa debería ser el manual de la asignatura de Historia jurídica de las Relaciones Laborales, que es como se debería llamar la asignatura histórica de la carrera de Relaciones Laborales en vez de esa meliflua Historia Político-Social Contemporánea, como la de la licenciatura de segundo ciclo Ciencias del Trabajo habría de contar con una Historia Social del Trabajo o Historia del Derecho Social, no Historia del Trabajo Social, que es otra cosa distinta y más propia de la carrera de Trabajo Social. De esta forma se recuperaría el título clásico que tenía la materia y el neto perfil jurídico-histórico, no histórico generalista, que equivocadamente se le ha pretendido dar, cuando un historiador general no está capacitado ni para comprender ni para profundizar en el contenido jurídico y técnico de la Relación laboral.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

VARIA

HOMENAJE AL DR. JOSEP M. FONT I RIUS, EN SU NOVENTA ANIVERSARIO

El día 27 de abril de este año 2005, en una de las salas del Parlamento de Cataluña se ha ofrecido un homenaje al Dr. Josep M. Font i Rius, catedrático emérito de Historia del Derecho de la Universidad de Barcelona, con ocasión de su noventa aniversario. El acto fue presidido por el M. Hble. Sr. Ernest Benach i Pascual, presidente del Parlamento de Cataluña, por el Hble. Sr. Josep M. Vallès, consejero de Justicia de la Generalidad de Cataluña, Sr. Xavier Muñoz, director general de Derecho y Entidades Jurídicas, Sr. Josep Enric Rebés, de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona y presidente de la Comisión Jurídica Asesora, Dr. Martí de Riquer, presidente honorario de la Academia de Buenas Letras de Barcelona, el Dr. Tomás de Montagut, catedrático de Historia del Derecho y miembro del Institut d'Estudis Catalans, y el mismo homenajeado. Asistió también un nutrido grupo de académicos, profesores, estudiosos del derecho, antiguos alumnos, amigos y público general.

Después de la apertura del acto por el presidente del Parlamento, el Dr. Tomás de Montagut, tras una breve introducción, presentó dos publicaciones recientemente aparecidas y dedicadas al Dr. Font i Rius: la obra reimpresa de Josep Finestres, *Praelectio Cervariensis sive commentarius accademicus ad titulum Pandectarum de culgari et pupillari substitutione*, en edición facsimilar y traducción catalana anotada del Dr. Maurici Pérez Simó (con una síntesis biográfica de Finestres), publicación realizada gracias al convenio de colaboración suscrito entre el Parlamento de Cataluña y el Departamento de Justicia y que constituye el número 25 de la colección «Textos Jurídicos Catalans», que dirige el mismo Dr. Font i Rius. La otra publicación presentada es la del Dr. Jaume Ribalta, titulada *L'urbanisme medieval a la Mediterrània*, editada por el Seminario de Historia del Derecho Catalán Josep M. Font i Rius de la Universidad Pompeu Fabra.

Seguidamente el Dr. Martí de Riquer, en nombre de la Academia de Buenas Letras de Barcelona felicitó al homenajeado, aún refiriéndose a la antigua amistad que ambos han mantenido desde su primera época de estudiantes universitarios, cuando formaban un grupo selecto de amigos que con el paso del tiempo, todos ellos, han ocupado posiciones muy relevantes en sus distintas actividades académicas y científicas.

Además, en este acto la misma Academia de Buenas Letras presentó la *Bibliografía del Dr. Josep M. Font i Rius*, una publicación obra del Sr. Josep M. Mas i Solench, presidente de la Sección de Estudios Jurídicos del Instituto de Estudios Catalanes; el autor hace una semblanza biográfica del homenajeado y después se recopila su extensa producción investigadora y bibliográfica. Esta edición contribuye al conocimiento y

valoración de la personalidad del Dr. Font i Rius y constituye un punto de referencia para todos aquellos que estén interesados en el estudio de la historia de nuestro derecho a través de sus aportaciones.

Por su parte el Sr. Josep Enric Rebés, en nombre de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona glosó la personalidad científica y humana del Dr. Font i Rius, con el conocimiento y el afecto de quien ha sido uno de sus primeros alumnos y profesor adjunto durante diecisiete años.

Finalmente el mismo Dr. Font i Rius expresó su agradecimiento por este acto, refiriéndose a todos aquellos que habían intervenido y a todos los presentes en general. Cerró el acto el presidente del Parlamento para unirse al homenaje en nombre de la institución. Por último se entregó a todos los asistentes un ejemplar de la *Bibliografía del Dr. Josep M. Font i Rius*.

DR. JOSEP SERRANO DAURA

A PROPOSITO DELLA RACCOLTA DI STUDI DEDICATI A MANLIO BELLOMO

Publico en la versión original italiana, con el añadido de algunas notas, el texto de mi intervención en la Facoltà di Giurisprudenza de la Università de Catania el 18 de diciembre de 2004 con ocasión de la presentación de los escritos dedicados a Manlio Bellomo. Las 127 contribuciones están distribuidas en cinco volúmenes y han sido publicadas con el título «Panta rei». Studi dedicati a Manlio Bellomo (Il Cigno Edizioni, Roma 2004).

Los «Studi» han sido promovidos por Kenneth Pennington (Catholic University of America, Washington D.C.), Emma Montanos Ferrín (Universidad de La Coruña), Orazio Condorelli (Università di Catania) y han sido editados por este último. Están patrocinados por un «Comitato d'onore» compuesto por los profesores S.E.R. Péter card. Erdő (Arcivescovo di Esztergom-Budapest, Primate d'Ungheria), James A. Brundage (University of Lawrence, Kansas, USA), Ennio Cortese (Università «La Sapienza», Roma), Antonio García García (Pontificia Universidad de Salamanca), André Gouron (Université de Montpellier), Peter Landau (Universität München), Anne Lefebvre-Teillard (Université de Paris II, Panthéon-Assas), Domenico Maffei (Università «La Sapienza», Roma), Federico Martino (Università di Messina), Víctor Tau Anzoátegui (Universidad de Buenos Aires).

Los «Studi» han sido presentados en Catania por los profesores Ennio Cortese (Università «La Sapienza», Roma), Gerhard Dilcher (Universität Frankfurt am Main), Peter Landau (Universität München), Emma Montanos Ferrín (Universidad de La Coruña), Federico Martino (Università di Messina), Kenneth Pennington (Catholic University of America, Washington D.C.).

Nell'anno 1993 ho avuto buona sorte: perché in quell'anno sono stata invitata a tenere due lezioni per la *International School of Ius Commune* del Centro Ettore Major-

rana di Erice (Sicilia/Italia), scuola fondata e diretta da Manlio Bellomo, scuola già celebre allora e oggi ancora di più.

Fin dal primo impatto sono rimasta affascinata dall'impianto metodologico che Manlio Bellomo propugnava e praticava per un rinnovamento storiografico nel campo di studi relativo al passato giuridico d'Europa.

Poi, negli anni successivi, ho continuato a seguire le lezioni ericine e mentre partecipavo ai vivaci e produttivi dibattiti della *International School* mi andavo proponendo di assumermi la responsabilità di impegnare le mie forze nella medesima linea metodologica che tanto mi convinceva e mi attirava. Ne sono derivati alcuni miei lavori: oltre ad alcuni articoli su temi specifici¹, penso soprattutto alla riscrittura radicale di un mio insoddisfacente anteriore manuale, sicché alla fine degli anni '90 ho potuto pubblicare una mia *Historia del Derecho y de las Instituciones de España*², come storia che per la prima volta nella storiografia del mio Paese è inquadrata nel contesto dell'intera Europa.

Nell'insieme di questi miei lavori è stata determinante la posizione scientifica di Manlio Bellomo, centrata sull'osservazione fondamentale di un'Europa che per secoli ha avuto un diritto comune, almeno fino all'età delle codificazioni³.

Si tratta di uno scenario scientifico poco noto in España, poiché molti storici del diritto di lingua spagnola, ancora fino agli ultimi decenni del '900, hanno considerato la realtà iberica senza tenere in conto le connessioni col resto d'Europa. Sebbene con tutta evidenza la España non sia un'isola circondata da un oceano deserto, tuttavia si è ignorato che ogni diritto locale è vissuto per circa sette secoli all'interno di un complesso mondo giuridico comune, dentro il quale ha sviluppato le proprie peculiarità territoriali e sociali.

Vi è di più. Come è noto, la monarchia spagnola incorpora il Nuevo Mundo nel secolo XVI in virtù delle bolle pontificie alessandrine. Nella nuova situazione politico-amministrativa si adottano le stesse istituzioni di governo che esistevano in Castilla e queste castigliane si connettono e si intrecciano con le istituzioni dei nuovi regni d'oltre mare.

Qui si apre un altro capitolo dell'influenza che Manlio Bellomo ha avuto sulla storiografia giuridica spagnola. È un capitolo che è andato disegrandosi e maturando

¹ Con specifico riferimento alla letteratura giuridica europea di ius commune: Emma Montanos Ferrín, «An de die vel de nocte», in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 9 (1998) 49-80; «¿Por qué suena la campana?», in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 10 (1999) 37-52; «Dies naturalis y dies artificialis», in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 12 (2001) 119-130; «Responsabilidad contractual por caso fortuito. Un elegante texto de Alberto di Odofredo (siglo XIII)», in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, vol. IV (Il Cigno Edizioni, Roma 2004) 69-88. Vd. inoltre, con riferimento al «derecho indiano», *infra*, note 6 e 8.

² Emma MONTANOS FERRÍN, *España en la configuración histórico-jurídica de Europa*. I. Entre el mundo antiguo y la primera edad medieval; II. «La época nueva»: siglos XII al XV; III. «El Estado moderno». Siglos XVI al XVIII (I Libri di Erice 19; Il Cigno Edizioni, Roma 1997-2002).

³ Nella ricca produzione scientifica di Manlio Bellomo spicca un'opera che è ritenuta fondamentale in Italia e fuori d'Italia: mi riferisco a *L'Europa del diritto comune* (1.^a ed. Galileo Galilei, Lausanne 1988; 8.^a ed. Il Cigno Edizioni, Roma 1998), libro che ha avuto il privilegio d'essere tradotto in inglese, col titolo *The Common Legal Past of Europe*, con introduzione di Kenneth Pennington (*Studies in Medieval and Early Modern Canon Law* 4; The Catholic University of America Press, Washington D.C. 1995), in spagnolo, *La Europa del derecho común*, con introduzione di Emma Montanos Ferrín (I Libri di Erice 1; Il Cigno Edizioni, Roma 1996), in tedesco *Europäische Rechtseinheit Europas. Grundlagen und System des Ius Commune*, con introduzione di Hans Schlosser (Beck Verlag, München 2005). Merita comunque di essere consultata e tenuta presente la bibliografia completa dello stesso autore inserita nel primo volume di *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo* (Il Cigno Edizioni, Roma 2004).

negli ultimi tempi, imponendosi nel giro di pochi anni come nuovo e importante impianto di ricerca scientifica e di riproposizione dei problemi tradizionalmente trattati dalla storiografia sul *derecho indiano*. Il nuovo impianto è sembrato tanto innovativo da indurre il celebre «Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano» l'illustre studioso come proprio membro numerario.

Vediamo di che cosa si tratta. La vicenda storiografica comincia a La Coruña, nel corso delle *III Jornadas de Ius Commune* (13-14 marzo 1997), quando Manlio Bellomo avvia con i colleghi presenti un serrato dibattito sulla necessità di rivedere il tradizionale significato che la storiografia spagnola è solita attribuire all'espressione *ius commune*. Secondo Bellomo per *ius commune* non può intendersi il testo delle *Siete Partidas*, ma deve intendersi il complesso delle normative europee: vale a dire, per l'intera Europa l'*utrumque ius* (*iura civilia* e *iura canonica*) e per singoli specifici ordinamenti i *iura propria* nella loro infinita varietà e mutabilità⁴. Con una conseguenza, nell'occasione messa bene in evidenza sia da Manlio Bellomo che da Federico Martino: lo stesso ampio e articolato significato dell'espressione *ius commune* deve valere anche per il Nuovo Mondo, per i Paesi del continente ibero-americano. Partecipava allora al dibattito Javier Barrientos Grandón (dell'Università Diego Portales, di Santiago del Chile), che nella sua relazione identificava ancora il *ius commune* con le *Siete Partidas*.

Si costituiva così la base per un radicale rinnovamento degli indirizzi storiografici relativi ai territori d'Oltre Mare, e la base stessa si consolidava durante uno degli annuali incontri organizzati dalla *International School of Ius Commune*, nel 1998, nell'ambito di un Corso di lezioni dal titolo «*Ius Commune and Ius Proprium: Historical Experiences in Sicily, Iberian Peninsula and Latin America*»⁵.

Da quegli anni e dopo quei dibattiti la vicenda storiografica si arricchisce di significativi mutamenti di impostazione. Siamo nuovamente a La Coruña e nel corso delle *V Jornadas internacionales de Ius Commune-Ius proprium* (22-23 aprile del 1999) la prospettiva innovativa presentata da Manlio Bellomo (già nel suo libro su «L'Europa del diritto comune» del 1988 e poi puntualizzata e discussa nel 1997 a La Coruña e nel 1998 ad Erice) viene accolta pienamente dai relatori presenti⁶.

Come sbocco di tanti incontri e dibattiti vedeva infine la luce, nel 2000, il manuale di Javier Barrientos Grandón, interamente strutturato secondo le impostazioni storiografiche di Manlio Bellomo⁷, mentre contestualmente pronunciavo a San Juan de

⁴ Posizione, questa, già ampiamente presentata fin dal 1988 in un libro ormai classico, *L'Europa del diritto comune*: vd. nt. precedente.

⁵ Si è trattato del XVIII Corso della *International School*, diretto dalla sottoscritta congiuntamente con Victor Tau Anzoátegui. Molti dei professori che tennero allora lezioni non andarono oltre la generica distinzione fra «lo generale y lo particular en la formación del derecho latino-americano» (Eduardo Martíre) o la descrizione di un «derecho en la perifería del Imperio Español (Enrique Gacto) o di «Reinos, provincias y el derecho... en Indias» (Horst Pietschmann), mentre affioravano spunti critici nella considerazione del rapporto fra «*Ius Commune-Ius Proprium*» (Carlos Petit) e venivano proposte le prime significative revisioni a proposito de «las nociones de *Ius proprium* y *Ius Commune* en el Derecho Indiano» da parte di chi, come Javier Barrientos Grandón, più precocemente di altri recepitava il messaggio e l'insegnamento prospettati da Manlio Bellomo nella lezione e nei dibattiti tenuti a La Coruña nell'anno precedente.

⁶ In due delle relazioni centrali delle Jornadas: JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *Las Indias en el sistema Ius Commune-Ius Proprium*; Emma MONTANOS FERRÍN, *El sistema de Ius Commune: Ius Commune-Iura Propria en la literatura jurídica castellana*.

⁷ *Historia del derecho indiano del descubrimiento colombino a la codificación*. I. *Ius commune-Ius proprium en las Indias occidentales*, edito non per caso nella collana «I Libri di Erice 26», Il Cigno Edizioni (Roma 2000).

Puerto Rico la mia relazione sul «mayorazgo» nel sistema del *ius commune*⁸ e Manlio Bellomo proponeva una rilettura dei rapporti culturali fra Europa e Nuevo Mundo⁹.

Quanto ora segue non ha più il sapore della novità assoluta, ma costituisce la riprova della fondatezza della radicale revisione storiografica degli ultimi anni: si pensi, ad esempio, ad alcuni dei saggi raccolti negli «Studi» che qui sto presentando¹⁰.

È stato in tal modo che fin dal 1997 Manlio Bellomo ha rinnovato con proposte determinanti la storiografia giuridica relativa al Nuevo Mundo, con l'idea vincente di applicare a quel Nuevo Mundo la stessa dinamica che era sperimentata in Europa, secondo la quale si riusciva a fare coesistere in un unico sistema un *ius commune* europeo e svariatissime norme di *ius proprium* (norme regie, cittadine, corporative etc.). *Ius commune* e *iura propria* pensati, come sono stati nella realtà, come parti di un unico contesto culturale e professionale, anche nei casi in cui norme locali confliggevano per contenuto con norme di *ius commune*. Operazione difficile da pensare e realtà variegata all'apparenza difficili da ricostruire in modo unitario: ma qui sta il pregio dell'innovazione. E mi si consenta di osservare che l'opera di Manlio Bellomo non sarebbe tanto apprezzata nel contesto della storiografia giuridica attuale se il collega avesse tentato di percorrere vie facili, o già ampiamente esplorate.

Ha invece tentato vie difficili, con prudenza, con vari gradi di approssimazione, fino a proporre il piano di un progetto, del quale anch'io sono responsabile, tendente a delineare i fondamenti ideali del diritto privato indiano secondo le opere dei giuristi di Antico Regime e, sperabilmente, non solo secondo le opere della dottrina¹¹. Nell'articolare il progetto Bellomo ha messo a frutto la sua pluridecennale esperienza di studio e i suoi orientamenti metodologici e li ha applicati alla storia del diritto indiano: in breve, nel

⁸ Emma MONTANOS FERRÍN, «El sistema de «ius commune» en la literatura jurídica india. El mayorazgo en la obra de Matienzo», in *Actas de Derecho Indiano*. XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano, San Juan de Puerto Rico, 21 al 25 de mayo de 2000, Luis E. González Vale cur., vol. I (Asamblea Legislativa de Puerto Rico, San Juan 2003) 381-390 (anche in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 11 (2000) 33-42).

⁹ Manlio BELLOMO, «¿Por qué un historiador del derecho europeo tiene que investigar las obras de los juristas indianos?», in *Actas de Derecho Indiano*. XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, cit., 5-16; già pubblicato in versione italiana, «Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?», *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 11 (2000) 21-32.

¹⁰ Seguono la prospettiva storiografica di Manlio Bellomo, con esplicita adesione, Claudia CASTELLETTI FONT, «La “Vis atractiva” del “Ius Commune” en Indias: A propósito de noción de “Encomienda” en Juan de SOLÓRZANO Y PEREIRA (1575-1655)», in «*Panta rei*». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, cit., I, 367-386 (con un incolpevole sfasamento di paternità e di date quanto agli inizi del rinnovamento storiografico relativo al “derecho indiano”, attribuito a Javier Barrientos Grandón e, tardivamente, all'anno 2000); Eduardo CEBREIROS ÁLVAREZ, «La condición jurídica de los indios y el derecho común: un ejemplo del “favor protectionis”», «*Panta rei*», cit., I, 469-490; Isabel RAMOS VÁSQUEZ, «La aplicación de la teoría de los delictos «mixti fori» en el derecho castellano», «*Panta rei*», cit., IV, 425-450. Pur senza ricordare Manlio Bellomo si sono posti sulla stessa linea José M. MARILUZ URQUIJO, «Ius commune y Nuevo Mundo», «*Panta rei*», cit., III, 513-522; e con riferimento esclusivo alla storiografia della penisola iberica Aniceto MASFERRER DOMINGO, «El “ius commune” en la historiografía penal española. Una apuesta metodológica de apertura hacia lo supranacional y europeo», «*Panta rei*», cit., III, 563-588.

¹¹ Manlio BELLOMO, «I fondamenti ideali del diritto privato indiano nell'opera dei giuristi d'Antico Regime. Linee di un progetto», *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 11 (2000) 297-304; in versione castigliana, edita a Lima, «Fundamentos ideales del derecho privado indiano en la obra de los juristas del Antiguo Régimen. Perfil de un proyecto de investigación», *Foro Jurídico. Revista de Derecho* 2, fasc. 3 (2004) 257-260

Nuovo Mundo, come in Europa, si deve rappresentare la realtà di un diritto che non è stata solo di consuetudini locali e di leggi regie, diversissime fra di loro, ma è stata anche la realtà di un modo di affrontare i problemi giuridici che l'Europa, da tempo, andava sperimentando, risolvendo molti dei problemi di un'unità giuridica che faceva vivere in un unico sistema un *ius commune* e svaritissime norme locali.

Infine a Lima, nell'autunno del 2003, Manlio Bellomo ha esemplificato magistralmente la sostanza della sua visione storiografica¹², ed io stessa, essendone profondamente convinta, ho partecipato a questa «rifondazione» della storiografia di diritto indiano¹³. Tanto impressionarono le nostre relazioni congressuali che Victor Tau, notissimo e illustre storico del diritto argentino e professore emerito dell'Università di Buenos Aires, sentì il bisogno, o forse la necessità, di intervenire per porre in rilievo l'importanza e la novità di quanto si proponeva, dichiarando aperta, per così dire, una «nuova era» negli studi storico-giuridici sull'America latina.

Ogni movimento d'onda ha un ritorno: la chiamiamo risacca. Quale è stato questo movimento di ritorno nell'ambito della storiografia giuridica spagnola, nel pensiero di quanti si occupano solo, o prevalentemente, del diritto della penisola iberica?

Segnalo solo un punto, centrale e fondamentale. Come ho accennato, fino a che Manlio Bellomo non è entrato con tanto vigore nella storiografia iberica e ibero-americana tutti pensavamo che il diritto comune effettivamente praticato fosse costituito dalle *Siete partidas*, legislazione regia di Alfonso X il Saggio. Tutti pensavamo che nei regni ibero-americani solo quel diritto delle *Siete Partidas* fosse il diritto comune tenuto presente. Le ricerche e le impostazioni di Manlio Bellomo hanno svelato uno scenario diverso: nelle Indie era diritto comune il *ius commune* europeo, tanto quanto lo era nell'intera Europa; le *Siete partidas* erano conosciute, solo raramente venivano citate e utilizzate nelle opere della dottrina e mai, che si sappia, sono state considerate *ius commune* (al massimo, *ius generale*, che è tutt'altra cosa).

Contrariamente a quanto si potrebbe ritenere a prima vista, la Spagna non vede ridimensionato il proprio ruolo sulla scena giuridica ibero-americana solo perché le *Siete Partidas* perdono il ruolo centrale che la tradizionale storiografia è solita attribuire ad esse. Anzi: la Spagna diventa la via privilegiata attraverso la quale l'intera Europa entra nel Nuevo Mundo con i suoi modi del ragionare giuridico, con i suoi ideali, con le sue principali *regulae iuris*, con la funzione di costruire una moderna civiltà giuridica là dove vigevano consuetudini che l'Europa aveva conosciuto in tempi lontani e stentava ancora a superare nei tempi dell'Ancien Regime¹⁴. Una funzione, come si capisce, tutt'altro che secondaria.

Ora, nel momento della conclusione, desidero esprimere la mia gratitudine per l'attenzione che Manlio Bellomo ha dedicato ai miei lavori scientifici, e desidero rivolgere a lui un particolare ringraziamento per la enorme generosità con la quale ha posto a mia disposizione testi ed elementi di ricerca, dandomi anche accesso alla sua personale banca-dati, contenente migliaia di preziose indicazioni su manoscritti ancora inediti.

¹² Manlio BELLOMO, «Mas allá de la obligación contractual en Juan de Solorzano y Pereira», *Actas del XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Lima del 23 al 26 de setiembre (in corso di stampa); ma già disponibile in versione italiana, «Al di là delle obbligazioni contrattuali in Juan de Solorzano y Pereira», *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 14 (2003) 205-214.

¹³ Non solo a Lima. Già a Puerto Rico: *vd. supra*, nt. 10.

¹⁴ È questo il tema centrale della relazione letta a Lima, nella quale è messo in evidenza un brano di Juan de Solorzano y Pereira avente straordinaria capacità testimoniale: *vd. supra*, nt. 12.

Infine voglio dire quel che penso, e voglio che sia accettato, com'è, pensiero sincero. Voglio dire che sono orgogliosa e onorata per avere partecipato all'ideazione dell'opera che qui si presenta e si offre a Manlio Bellomo, e voglio aggiungere che sono gratissima a Orazio Condorelli, unico grande artefice della realizzatore dell'opera: a Orazio, collega e amico carissimo fra i colleghi e gli amici più cari.

ENMA MONTANOS FERRÍN

JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE ISABEL LA CATÓLICA Y LAS INDIAS

Buenos Aires, 25-26 de octubre de 2004

Bajo el patrocinio de la Academia Nacional de la Historia, la Pontificia Universidad Católica Argentina y la Universidad Nacional Tres de Febrero ha tenido lugar en Buenos Aires una rememoración de la figura y el legado de Isabel la Católica.

La primera sesión de la mañana se celebró en la sede de la Academia de la Historia, siendo inaugurada con unas palabras de bienvenida por su Presidente, el Doctor Miguel Ángel de Marco, a las que siguieron las del Presidente del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Profesor Eduardo Martíre. La conferencia inaugural corrió a cargo del Académico Decano, Profesor José María Mariluz Urquijo. Tras un pequeño descanso y bajo la presidencia del moderador Profesor Victor Tau expusieron sendas comunicaciones los Profesores Manuel Torres Aguilar (*Los precedentes jurídicos de la incorporación de las Indias*) y Agustín Bermúdez (*Los años isabelinos de las instituciones indianas*).

La sesión de tarde tuvo lugar en el auditorio «Monseñor Derisi» de la Universidad Católica Argentina, siendo moderada por el Profesor Carlos Frontera. En ella participaron los Profesores. Alberto David Leiva (*Las lecturas de Isabel la Católica*), Eduardo Martíre (*Isabel la Católica inspiradora del Derecho Indiano*), José María Díaz Couselo (*El nacimiento de la política de la corona de Castilla en relación con los indios americanos*), y Antonio Dougnac (*La administración de justicia y el ejercicio del oficio de abogado*).

Al día siguiente, continuaron las reuniones en sesión de mañana en el Pabellón de las Naciones de la Universidad Nacional de Tres de Febrero, actuando como moderador el Profesor Fernando Jumar. En ella se sucedieron las intervenciones de la Profesora Marcela Aspell (*El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII*), Jaime del Arenal (*Isabel la Católica y la historiografía mexicana del siglo XIX*) y el Profesor Sergio Martínez Baeza (*Un personaje isabelino*).

Tras el acto de clausura de las Jornadas tuvo lugar en la Secretaría del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, sita en la sede del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, la reunión de la Comisión Directiva del Instituto para tratar de diversas cuestiones, especialmente las referidas a la organización de su próximo Congreso a celebrar en Córdoba (España) en septiembre de 2005.

A. BERMÚDEZ

CONGRESO SOBRE LA IGUALDAD JURÍDICA EN LA AMÉRICA INDIANA Y EL LEGADO DE ISABEL LA CATÓLICA (1451-1504)

Santiago de Chile, 28-29 de octubre de 2004

Organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se ha desarrollado este Congreso en sesiones que tuvieron lugar en su propia sede.

Tras la inauguración por las pertinentes autoridades académicas, se inició la primera sesión de trabajo con la intervención del Profesor Bernardino Bravo Lira sobre *Los indios, personas libres y vasallos de la Corona*. Fue seguido por el Profesor Fernando Quintana Bravo disertando sobre *La teoría política de Regia Potestate de Bartolomé de las Casas*, el Profesor Miguel Orellana Benado (*Ética del pluralismo*), y el Profesor Santiago Marín Arrieta (La leyenda negra *Mitos de la Conquista Española de América*).

En la sesión de tarde se expusieron las comunicaciones del Prof. Luis Rojas Donat (*Polémica: Justos títulos*), y del Profesor Sergio Martínez Baeza (*Galíndez de Carvajal y el correo Mayor de Indias*). Tras un breve descanso cerró la sesión la intervención del Profesor Jaime del Arenal.

Al día siguiente prosiguieron las actividades del Congreso en sesión de mañana con la intervención del Profesor Jenny Barra (*Juicio ejecutivo y algunas disposiciones dictadas por la Reina Isabel la Católica*), Profesor Oscar Dávila (*Isabel la Católica y su aportación al estatuto jurídico del indígena, igualdad con protección*) y el Profesor Antonio Dougnac (*La reina Isabel la Católica y la administración de justicia*). Cerró el Congreso la intervención del Profesor Agustín Bermúdez (*Quinientos años de la muerte de Isabel la Católica*), procediéndose tras ella al acto de clausura y entrega de acreditaciones.

A. BERMÚDEZ

XV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

(Septiembre de 2005)

En los días 19 a 23 de septiembre de 2005 se celebró en Córdoba (España) el XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. La dirección de la Comisión organizadora de este evento corresponde al Profesor Dr. Manuel Torres Aguilar, Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Córdoba. Sin perjuicio de una reseña más detenida, baste indicar que asistieron más de cien ponentes procedentes de Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, España, Estados Unidos, Finlandia, Italia, México, Perú y Puerto Rico.

Para la exposición de los trabajos se constituyeron un total de 14 mesas, en las que se abordaron cuestiones tan diversas como el Derecho indiano local, el gobierno territorial, las fuentes e ideas jurídicas, la administración de justicia, el Derecho canónico, el régimen económico, el derecho de propiedad y las pervivencias del Derecho indiano en la América independiente. Cultural. Además de las sesiones de trabajo se organizaron una serie de visitas culturales que, sin duda, contribuyeron a un mejor conocimiento por parte de nuestros invitados de otros países acerca del rico legado de Córdoba y su provincia.

El Congreso contó con el apoyo financiero de la Diputación provincial de Córdoba, la Fundación El Monte, la Junta de Andalucía y la Fundación Carolina.

CARGOS ACADÉMICOS

Tras la celebración de las elecciones a Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, resultó elegido para desempeñar el cargo durante los próximos cuatro años el profesor doctor D. Juan Baró Pazos, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de dicha Universidad.

PROVISIÓN DE PLAZAS DE CATEDRÁTICO DE UNIVERSIDAD

El doctor D. José Antonio López Nevot ha obtenido la plaza de Catedrático de Universidad en el área de conocimiento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Granada, tras la celebración del concurso de acceso resuelto, de conformidad con la Ley orgánica 6/2001 de Universidades.

El doctor López Nevot, ocupaba la cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Almería hasta su toma de posesión en la Universidad de Granada, y es autor, entre otros trabajos, de los libros titulados: *Organización institucional del Municipio de Granada en el S. XVI*, Granada, 1986 y 1994, *La aportación marital en la Historia del Derecho castellano*, Almería, 1999, y *Práctica de la Real Chancillería de Granada*, Granada, 2005.

HABILITACIÓN NACIONAL DE CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD

En las primeras pruebas para la Habilitación Nacional de Catedráticos de Universidad del área de conocimiento de Historia del Derecho y de las Instituciones, celebradas en la Universidad Complutense, conforme a la Ley orgánica 6/2001, de Universidades, obtuvieron la mencionada Habilitación Nacional los doctores Dña. María Paz Alonso Romero y D. Francisco Baltar Rodríguez.

La doctora Alonso Romero ejerce su plaza Profesora Titular de Universidad en la Universidad de Salamanca y es autora, entre otras publicaciones, de las siguientes monografías: *El proceso Penal en Castilla*, Salamanca, 1982, y *Cuba en la España liberal (1837-1898): génesis y desarrollo del régimen autonómico*, Madrid, 2003.

El doctor Baltar Rodríguez, ejerce su plaza de Profesor Titular de Universidad en la Universidad de Zaragoza y es autor de diversas publicaciones, entre las que destacan sus libros *Las juntas de gobierno en la monarquía de los Austrias*, Madrid, 1998, y *El protonotario de Aragón 1472-1707: la Cancillería aragonesa en la Edad Moderna*, Zaragoza, 2001.

EL PROFESOR MONREAL EN ESTADOS UNIDOS

Aprovechando un año sabático, el profesor Gregorio Monreal se ha trasladado a la Universidad de Reno (Nevada), a fin de realizar trabajos de investigación en el Centro de Estudios Vascos de la citada Universidad.

EL PROFESOR ESCUDERO INVESTIDO DOCTOR HONORIS CAUSA POR LA UNIVERSIDAD DE MESINA

La Universidad de Mesina, a propuesta de la Facultad de Ciencias Políticas, ha concedido el Doctorado Honoris Causa al Profesor José Antonio Escudero. El acto académico tuvo lugar el pasado 7 de diciembre. La *laudatio* fue realizada por el profesor Andrea Romano. A continuación el profesor Escudero dictó la lección magistral sobre el tema: *Un rey y tres ministros: cuatro italianos en el gobierno de España*.

IN MEMORIAM: JOAQUÍN CERDÁ RUIZ FUNES (1917-2005)

El pasado martes 20 de septiembre de 2005 fallecía en su casa de Barcelona el Prof. Joaquín Cerdá Ruiz Funes, Catedrático de Historia del Derecho Español.

Había nacido en Murcia el 15 de abril de 1917 en el seno de una acreditada familia dedicada a la actividad comercial. Tras la realización de sus primeros estudios en su ciudad natal pasó a estudiar la carrera de Derecho en la Universidad de Murcia, consiguiendo el grado de licenciado en 1941. Posteriormente siguió los cursos de Doctorado en la Universidad Central de Madrid, recibiendo el grado de doctor en 1949.

Los años madrileños de Cerdá serán los de formación en la disciplina histórico jurídica tanto a nivel docente como investigador junto a destacados maestros como Galo Sánchez y Alfonso García Gallo. Como docente recorrió en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid la obligada escala administrativa vigente en su momento, iniciándose como Prof. Ayudante, durante cuatro años, para pasar después a Auxiliar, durante algo más de un año, y finalizar como Prof. Adjunto a lo

largo de otros cuatro años. Dicha actividad docente la complementó con la impartición de clases en el CEU de Madrid durante los años 1944-1952.

A nivel de investigación, durante estos años madrileños Cerdá desarrolló una importante labor que se plasmó en las consiguientes publicaciones, y que fundamentalmente reflejan su interés por las fuentes jurídicas castellanas. Se trata de sus *Dos ordenamientos sobre las penas pecuniarias para la cámara del Rey (Alfonso XI y Enrique III)* (en AHDE, 18/1947, págs. 442-473), *La Margarita de los Pleitos de Fernando Martínez de Zamora. Texto procesal del siglo XIII* (en AHDE 20/1950, págs. 634-773; y también en tirada aparte del propio AHDE, Madrid, 1950, 109 págs.) *Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla* (en AHDE 21-22/1951-1952, págs. 731-1141; y también en tirada aparte del AHDE, Madrid 1951, 418 págs.).

Es también de destacar la relación que durante esta etapa mantendrá Cerdá con el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, entidad científica de la que fue nombrado Becario (1950-1952), y con posterioridad a esa fecha Colaborador Honorífico. Su estrecha colaboración con el Anuario de Historia del Derecho Español, revista patrocinada por dicho Instituto, se materializó en su nombramiento como Vicesecretario de la misma durante el periodo 1950-1952.

Por último, de este periodo cabe recordar su colaboración en la gestión administrativa de la Facultad de Derecho de la Complutense como Vicesecretario de la misma durante los años 1950-1952, bajo el decanato del Prof. Jaime Guasp.

El año 1952 marca el inicio de una nueva fase vital y profesional del Prof. Cerdá al obtener por oposición la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Murcia. En estos veinte años murcianos Cerdá ejerció en régimen de dedicación exclusiva la docencia e investigación de su disciplina académica, siendo durante ellos Director del Departamento de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad.

A lo largo de este periodo murciano Cerdá se rodea de un creciente equipo de colaboradores. Primero fue el Prof. Julio Barte, quien le ayudaba en la impartición de las clases prácticas. Luego el Prof. Rafael Serra Ruiz, también Prof. Adjunto, a quien dirigió su tesis doctoral (véase en este AHDE, 43/1973, págs. 627-628). Mas tarde el Prof. Agustín Bermúdez, a quien también dirigió su tesis doctoral y le inició en la docencia. Con posterioridad, y siguiendo sus orientaciones y tutela científica, fueron sus colaboradores los Profs. Pedro Luis Pérez de los Cobos, José Marín, y la Prof^a. Carolina Carbonell.

La etapa murciana de Cerdá se tradujo a nivel científico en una amplia actividad investigadora y consiguientes publicaciones. Continuó su colaboración con el AHDE manteniendo su interés por la temática referida a las fuentes y al proceso medieval; así lo reflejan sus *Advertencias anónimas para la formación de la Novísima Recopilación de las Leyes de España* (AHDE, 23/1953, págs. 643-676), *En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el Derecho castellano-leonés de la Edad Media* (en AHDE, 32/1962, págs. 483-517) y *Documentos de Alfonso XI a la ciudad de Murcia* (en AHDE 41/1971, págs. 837-863). Por otra parte, incentivado por la importante tradición institucional del municipio medieval murciano y la rica documentación conservada en su Archivo, se abrió paso en sus líneas de investigación el estudio de las instituciones locales tanto castellanas, en general, como murcianas en particular. A ello responden publicaciones como la efectuada a raíz de su participación en la I Semana de Estudios Murcianos y que versó sobre *Adelantados Mayores del Reino y concejo de Murcia* (Murcia, 1961), y las intervenciones en los Symposiums de Historia de la Administración celebrados en Alcalá de Henares; al primero presentó una ponencia sobre *Hombres buenos, jurados y regidores en los*

municipios castellanos de la Baja Edad Media (Madrid, 1970, págs. 163-206), al segundo: *Para un estudio sobre los Adelantados Mayores de Castilla (siglos XIII-XV)* (Madrid 1971, págs. 183-221). También las fuentes jurídicas concejiles murcianas fueron objeto de su atención, como prueba *La tradición jurídica en las Ordenanzas de la Huerta de Murcia*, trabajo preliminar de la reedición de las «Ordenanzas y Costumbres de la Huerta de Murcia», llevada a cabo por la Junta de Hacendados y Ayuntamiento de Murcia en 1969 (págs. 5-46).

En cuanto a la actividad gestora universitaria de Cerdá en su etapa murciana, la misma se limitó, durante el Decanato del Prof. Diego Espín, al desempeño de las funciones de Secretario de la Facultad de Derecho de Murcia entre los años 1956-1960.

A partir de 1972 el Prof. Cerdá inicia otra nueva etapa vital y profesional al trasladarse a la Universidad Autónoma de Barcelona y fijar en dicha ciudad su domicilio familiar. Esta tercera etapa de su vida académica abarcará hasta su jubilación en 1985, si bien manteniendo la condición de Catedrático Emérito de dicha Universidad. En esta etapa catalana Cerdá participó en la actividad académica de su joven Facultad de Derecho, siendo Director del Departamento de Historia del Derecho y de Derecho Romano (1972-1985), Vicedecano (1972) y Decano (1973-1976), e incluso participó también en órganos gestores de la propia Universidad Autónoma de Barcelona al ser nombrado y desempeñar el cargo de Sindic de Greuges.

Asimismo, en la Autónoma de Barcelona, Cerdá se rodeó pronto de un equipo de colaboradores que le auxiliaron en las tareas docentes y a los que inició en su investigación científica. Entre ellos, los Profs. Sebastián Solé, José Sarrión, María Jesús Espuny y Oriol Oleart, a todos los cuales les dirigió sus respectivas tesis doctorales.

No descuidó Cerdá en estos años su labor investigadora. Por un lado mantuvo en sus trabajos la preocupación por la temática murciana. Así se refleja en su *Prologo* a la reedición de la obra de su pariente Mariano Ruiz Funes *Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Murcia* (Murcia, 1981, págs. VII-XX), y en *Mariano Ruiz Funes, universitario y político*, (en AHDE, 67.1/1997, págs. 509-528). Asimismo se manifiesta en sus estudios de fuentes e instituciones bajomedievales murcianas: *Características histórico jurídicas de los riegos* (en el «Libro de la Huerta de Murcia». Murcia, 1973, págs. 17-26), *Consideraciones sobre el municipio castellano de la Edad Moderna. Juraderías y jurados en Murcia, Toledo y Sevilla* (en «Actas del IV Symposium de Historia de la Administración». Madrid, 1984, págs. 125-158). *Reflexiones sobre Derecho y sociedad en el Fuero de Alicante* (en «Estudia Histórica in honores Vicente Martínez Morellá. Alicante, 1985, págs. 57-70), *En torno a los caballeros en los fueros de las ciudades del antiguo reino de Murcia (1245-1284)* (en «Liber Amicorum Prof. Ignacio de la Concha». Oviedo, 1986, págs. 141-153), *Formas de elección de procuradores de Cortes en Murcia* (en «Estudios en homenaje a Don Claudio Sánchez Albornoz.». Buenos Aires, 1986, págs. 353-373), *Fueros municipales a ciudades del Reino de Murcia durante el siglo XIII (1245-1283)* (en «Miscelánea Medieval Murciana», 13/1986, págs. 157-184), *Los principios del Derecho Común en los fueros de Alicante, Cartagena y Murcia (1245-1284)*, (en «España y Europa, un pasado jurídico común». Murcia, 1987), *La política de Alfonso X en torno a los orígenes del Estado. (Notas sobre unos textos jurídicos murcianos)* (en «Homenaje al Prof. Juan Torres Fontes». Murcia, 1987, I, págs. 285-298), *Delitos y penas en Murcia a fines del siglo XIV* (en «Homenaje al Prof. Orlandis». Barcelona, 1988, págs. 349-370), *Los donadíos reales en la política de expansionismo de Alfonso X. Notas para su estudio* (en «Homenaje al Profesor García Gallo», II.2. Madrid, 1996, págs. 237-255). Hasta tal punto se mantiene esta producción sobre la temática jurídica e institucional murciana que la Academia Alfonso X el Sabio recopilará en un volumen

sus dispersos trabajos al respecto bajo el título de *Estudios sobre instituciones jurídicas medievales de Murcia y su reino* (Murcia, 1987, 504 págs.), e incluso el 7 de febrero de 1997 la propia Academia murciana lo recibirá en su seno como miembro de número, ocasión en la que el nuevo académico disertó sobre *Crisis político-social en la Murcia del siglo XIV* (Murcia 1997).

Pero, como era obvio, al propio tiempo que Cerdá mantiene en cierta medida las temáticas de sus tradicionales líneas de investigación, procederá a ampliarlas al ámbito histórico jurídico de su nueva ubicación académica catalana. Así ocurre con el procedimiento inquisitivo, que ahora estudia desde un distinto ámbito espacial: *La «inquisitio» en el Llibre de les Costums de Tortosa*, (en «Costums de Tortosa. Estudis». Tortosa, 1979, págs. 379-406), *La inquisitio en los Furs de Valencia y en el Llibre de les Costums de Tortosa* (en AHDE, 50/1980, págs. 563-586). Es el caso igualmente de su lección magistral de apertura del curso académico 1984-1985 en Bellaterra que versó sobre *Estatut en la terminología jurídica catalana (1283-1932)* (Barcelona, 1984).

A todo este rico perfil académico de Cerdá habría que unir el no menos rico de su inquietud cultural y dimensión humana. A nivel cultural constituía un definitorio componente de su personalidad la inquietud y curiosidad intelectual que siempre manifestaba. Ello explica la amplitud de sus lecturas, abarcando no ya sólo las relativas a las obras de su especialidad académica sino también a las de otras diversas materias y, muy en especial, a las de nuestra literatura hispana contemporánea.

En cuanto a su dimensión humana, Cerdá estaba dotado de un carácter afable y educado, tenía un talante liberal y progresista que le otorgaba grandes dosis de tolerancia y comprensión, evidenciables siempre en el trato con sus compañeros, discípulos e incluso con sus propios alumnos. Quienes nos iniciamos con él en nuestra vida académica no podremos olvidar el modelo que nos suministró de bonhomía, rigor científico y vocación universitaria.

A. BERMÚDEZ

IN MEMORIAM: GUILLERMO LOHMANN VILLENA (LIMA, 1915-2005)

Guillermo Lohmann Villena ocupa un lugar preeminente en la historia de la historiografía del siglo XX y de inicios del XXI. Sus fundamentales contribuciones al conocimiento del Perú virreinal, al igual que de la historia de la monarquía hispánica en su conjunto, hacen que el suyo sea uno de los grandes nombres de nuestro tiempo. Estudió el pasado peruano e hispanoamericano interesándose por los más variados aspectos: entre ellos, y solo a título de ejemplos, podemos mencionar la historia institucional y del Derecho, la genealogía, la historia de la literatura; el análisis de los grupos sociales, y el estudio del comercio y de la economía.

Cursó las carreras de Derecho e Historia en su Lima natal, obteniendo los grados de Doctor en Historia (1938) y de Abogado (1940) en la Pontificia Universidad Católica del Perú. En 1943 se incorporó al servicio diplomático, y precisamente como

Secretario en la Embajada del Perú en Madrid vivió en España varios años, en dos periodos (1943-1950 y 1952-1962). Entre sus otras responsabilidades diplomáticas, fue Director General de Protocolo en el Ministerio de Relaciones exteriores en Lima (1971-1974) y Delegado Permanente del Perú ante la UNESCO (París) entre 1974 y 1977. Posteriormente, entre 1979 y 1983, fue Secretario General de la Oficina de Educación Iberoamericana (hoy Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), con sede en Madrid. En el ámbito académico –y entre otras funciones– fue Presidente de la Academia Nacional de la Historia (1967-1979), Director de la Biblioteca del Perú (1966-1969) y Jefe del Archivo General de la Nación (1985).

Su impresionante bibliografía es fiel reflejo de su acuciosa y permanente dedicación a la investigación: publicó veintinueve libros y opúsculos (monografías originales) y más de trescientos artículos y notas en revistas académicas, además de numerosas reseñas bibliográficas. Asimismo, en quince oportunidades editó obras de época, poniendo al alcance del investigador textos que anteriormente habían sido de difícil consulta. La laboriosidad destacó claramente entre sus virtudes. Para decirlo de modo simple, supo aprovechar muy bien el tiempo, combinando sus tareas diplomáticas con la investigación en archivos, especialmente en el Archivo General de Indias (Sevilla) y en el Archivo General de la Nación (Lima).

La Historia del derecho y de las instituciones ocupa un lugar primordial en la producción bibliográfica de don Guillermo. En este sentido, cabe destacar la importancia de su libro *Las ideas jurídico-políticas en la rebelión de Gonzalo Pizarro* (Valladolid, 1977), en el que analiza los fundamentos doctrinales de la violenta rebelión de los encomenderos en el Perú. Fue también colaborador del *Anuario de Historia del Derecho Español*, publicando varios artículos y notas en sus páginas. Entre ellos destacan su extenso estudio sobre el señorío de los marqueses de Santiago de Oropesa en el Perú (aparecido en el número XIX) y sus trabajos sobre Juan de Hevia Bolaño (número XXXI) y sobre la estela de la influencia lascasiana en el Perú, a partir del análisis de la figura del licenciado Falcón (número XLI). Fue también miembro, desde su fundación, del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, y presidió el decimocuarto Congreso de este Instituto, celebrado en Lima en septiembre de 2003. No fue un presidente nominal: se involucró en todas las tareas de la Comisión Organizadora –incluidas las delicadas gestiones en procurar de los fondos necesarios para la realización del evento– y asistió a todas las sesiones del Congreso. A propósito de ello debo referirme a otra de sus cualidades: era una persona muy cumplida en sus obligaciones institucionales.

La sencillez fue otra de las características de don Guillermo. No le entusiasaban los homenajes, y cuando los aceptaba no era de muy buena gana. Rehuyendo siempre el lucimiento personal, trabajó hasta muy pocas semanas antes de su fallecimiento. Precisamente cuando la Universidad del Pacífico lo incorporó como miembro honorario de su claustro, en una ceremonia realizada en Lima en diciembre de 2002, afirmó lo siguiente: «Lo único de que puedo presumir es de haber trabajado tesoneramente y siempre con ánimo constructivo».

Hoy en día, cuando la atención pública suele dirigirse en muchas ocasiones hacia personajes que no aportan sino apariencias, es justo rendir homenaje a ese gran intelectual que fue Guillermo Lohmann Villena: amante de la historia peruana e hispanoamericana, ya ha pasado a formar parte importante de ella.

RELACIÓN DE COLABORADORES

- ALVARADO PLANAS, Javier; Catedrático de Historia del Derecho. UNED.
- BARÓ PAZOS, Juan; Catedrático de Historia del Derecho. Universidad de Cantabria.
- BARRIO MOYA, José Luis; Instituto de Estudios Complutenses.
- BELLOMO, Manlio; Profesor Ordinario de Historia del Derecho. Universidad de Catania.
- BERMÚDEZ AZNAR, Agustín; Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Alicante.
- BRAVO LIRA, Bernardino; Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Chile.
- CEBREIROS ÁLVAREZ, Eduardo; Profesor Titular de Historia del Derecho. Universidad de La Coruña.
- ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio; Catedrático de Historia del Derecho. UNED.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio; Catedrático de Derecho Romano. Universidad Autónoma de Madrid.
- GAMBRA GUTIÉRREZ, Andrés; Profesor Titular de Historia del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos.
- GARCÍA MARÍN, José María; Catedrático de Historia del Derecho. Universidad Pablo Olavide.
- GARCÍA Y GARCÍA, Antonio; Catedrático jubilado de la Universidad Pontificia de Salamanca.
- GÓMEZ RIVERO, Ricardo; Catedrático de Historia del Derecho. Universidad Miguel Hernández.
- GÓMEZ ROJO, María Encarnación; Profesora Titular de Historia del Derecho. Universidad de Málaga.
- HARKE, Jan Dirk; *Professor* de Historia del Derecho de la Universidad de Würzburg.
- HEIRBAUT, Dirk; *Professor* de Historia del Derecho de la Universidad de Gante.
- ÑIESTA, Emilia; Profesora Asociada de Historia del Derecho de la Universidad de Alicante.
- JIMENO ARANGUREN, Roldán; Profesor de Historia Medieval de la Universidad Pública de Navarra.
- MARTÍNEZ ALMIRA, M.^a Magdalena; Profesora Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Alicante.
- MARTÍNEZ DíEZ, Gonzalo; Catedrático jubilado.
- MASFERRER, Aniceto; Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Valencia.

- MERCHÁN FERNÁNDEZ, Carlos; Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Valladolid.
- MONTANOS FERRÍN, Enma; Catedrática de Historia del Derecho. Universidad de La Coruña.
- MORALES PAYÁN, Miguel Ángel; Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Almería.
- OSABA, Esperanza; Prof. Titular de Derecho Romano de la Universidad Pública de Navarra.
- PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio; Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos.
- PÉREZ COLLADOS, José María; Catedrático de Historia del Derecho. Universidad de Gerona.
- PÉREZ MARCOS, Regina M.^a; Profesora Titular de Historia del Derecho. UNED.
- PETIT, Carlos; Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Huelva.
- RAMOS VÁZQUEZ, Isabel; Profesora Asociada de Historia del Derecho. Universidad de Jaén.
- RICO LINAJE, Raquel; Profesora Titular de Historia del Derecho. Universidad de Sevilla.
- RODRÍGUEZ ENNES, Luis; Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Vigo.
- RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P.; Profesor Titular de Derecho Romano. Universidad de La Coruña.
- SÁNCHEZ BELLA, Ismael; Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Navarra.
- SAVENCO, Jorge Vldimirovich; Profesor de Historia del Derecho de la Universidad Estatal de Moscú.
- SEIF, Ulrike; Professor de Historia del Derecho. Universidad de Passau.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel; Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.
- SERNA VALLEJO, Margarita; Profesora Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Santander.
- SERRANO DAURA, Joseph; Profesor de Historia del Derecho de la Universidad Internacional de Cataluña.
- VALLEJO GARCÍA-HEVIA, José María; Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- VILLA, Luis Enrique de la; Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid.
- ZAMBRANA MORAL, Patricia; Profesora Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Málaga.

ÍNDICE

ESTUDIOS

<i>Istituzioni medievali fra campagna e città</i> , por Manlio Bellomo	9
<i>Valoración de las Recopilaciones de Indias de 1635 y 1680 (Libros I y II de León Pinelo)</i> , por Ismael Sánchez Bella	21
<i>EL primer Fuero Castellano: Brañosera, 13 de octubre de 824</i> , por Gonzalo Martínez Díez.....	29
<i>Escribanos y Secretarios en los preliminares de la edición del Quijote</i> , por José Antonio Escudero	67
<i>La justicia del Rey en la Nueva España. Algunos aspectos. Siglos XVI-XVIII</i> , por José María García Marín	85
<i>España: Nación y Constitución (1700-1812)</i> , por Santos M. Coronas ..	181
<i>El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales</i> , por José Sarrión Gualda ..	213
<i>Ministros del Consejo de Castilla (1814-1820)</i> , por Ricardo Gómez Rivero	277
<i>El Derecho catalán de sucesiones en vísperas de la codificación</i> , por José María Pérez Collados	331
<i>La célebre causa del crimen de Fuencarral. Proceso penal y opinión pública bajo la Restauración</i> , por Carlos Petit	369
<i>Los límites territoriales en el derecho histórico. Su fijación en la legislación y en la jurisprudencia</i> , por Juan Baró Pazos	413
<i>La Audiencia de Guatemala y sus Consejeros de Indias en el siglo XVI</i> , por José María Vallejo García-Hevia	445

HISTORIOGRAFÍA

<i>Estado y perspectivas de la investigación de la Historia del Derecho Europeo en Rusia. La Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna</i> , por Jorge Vladimirovich Savenco	611
<i>La contribución de F. L. Ganshof a la historiografía feudal europea. Una revisión crítica de la historiografía española en torno al feudalismo ganshofiano</i> , por Aniceto Masferrer y Dirk Heirbaut	641
<i>La biblioteca jurídica de don Fernando Queipo de Llano y Valdés. Consejero de Carlos II en el Real de Órdenes (1677)</i> , por José Luis Barrio Moya	683

	Páginas
MISCELÁNEA	
<i>Kauf und Vorvertrag im westgotischen Recht</i> , por Jan Dirk Harke ...	703
<i>El proceso en rebeldía en el derecho castellano</i> , por Isabel Ramos Vázquez	721
<i>Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de derecho penitenciario</i> , por Regina M. ^a Pérez Marcos	755
<i>Les elites du pouvoir; haute noblesse et gouvernement des territoires en France (1515-1715)</i> , por Rogelio Pérez Bustamante	803
<i>Recht und Justizhoheit: Ursprünge der Garantie des gesetzlichen Richters fern der Gewaltenteilungskonzeptionen des 17-19. Jahrhunderts</i> , por Ulrike Seif	865
<i>Les debuts de la codification. Trois grands foyers: Europe centrale, atlantique et transatlantique (1750-1804)</i> , por M. Bernardino Bravo Lira	897
<i>El pase regio y las bulas de jubileo universal: 1769-1829</i> , por Miguel Ángel Morales Payán	919
<i>La costumbre y el derecho municipal en los ayuntamientos constitucionales (1876-1924)</i> , por Carlos Merchán Fernández	943
<i>Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico</i> , por Margarita Serna Vallejo	967
<i>Promulgación o publicación: la voz del legislador en el primer constitucionalismo (1808-1823)</i> , por Raquel Rico Linage	1013
<i>Los servicios públicos en el siglo XIX</i> , por Miguel Ángel Sendín García.	1037
BIBLIOGRAFÍA	
Alvarado Planas, J. (coordinador): <i>Los Fueros de Sepúlveda. I Symposium de estudios históricos de sepúlveda</i> (Dionisio Perona) ..	1077
Arnal Purroy, M. L.; Barrero García, A. M.; et alii: <i>El Fuero de Jaca por M. Molho</i> , (Roldán Jimeno Aranguren)	1080
Azcárate, Gumersindo de: <i>Minuta de un testamento. Ideario del krausismo liberal</i> (María Encarnación Gómez Rojo)	1083
Baró Pazos, J.; Estrada Sánchez, M. y Serna Vallejo, M.: <i>De la Junta de Sámano al Ayuntamiento constitucional (1347-1872)</i> (Roldán Jimeno Aranguren)	1085
Barrio Barrio, Juan Antonio (Ed.), <i>Los cimientos del Estado en la Edad Media. Cancillería, notariado y privilegios reales en la construcción del Estado en la Edad Media.</i> (A. Bermúdez)	1088
Carcel Ortí, María Milagros, <i>Un formulari i un registre del bisbe de València en Jaume d'Aragó</i> (Emilia Iñesta Pastor)	1090
Chamochó Cantudo, M. A.: <i>La justicia del Pueblo. Los tribunales populares de Jaén durante la Guerra Civil</i> (Eduardo Cebreiros Álvarez)	1092
Chamochó Cantudo, M. A.: <i>Jaén, de Reino a provincia. La gestión de la provincia y su territorio en el siglo XIX</i> (Eduardo Cebreiros).	1094
Estrada Rius, Albert, <i>Organització institucional i construcció naval a la Corona d'Aragó</i> (Agustín Bermúdez)	1097

	Páginas
Fernández de Buján, A.: <i>Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje</i> (Luis Rodríguez Ennes)	1099
Fernández Catón, J. M.; Fernández Flórez, J. A. y Herrero de la Fuente, M.: <i>Colección diplomática del Monasterio de Sahagún. VI. Índies. Index verborum de la documentación medieval leonesa. Monasterio de Sahún (857-1300)</i> (Andrés Gamba Gutiérrez) ..	1102
Fontanal, Reis: <i>L'aigua a Ciutat de Mallorca. La síquia de la vila al siglo XIV</i> , (Joseph Serrano Daura)	1104
<i>El Fuero de Llanes</i> . Edición crítica de Miguel Calleja Puerta. Oviedo (A. Bermúdez)	1106
García Sánchez, J.: <i>Arias Piñel Catedrático de Leyes en Coimbra y Salamanca durante el siglo XVI: la rescisión de la compraventa por Laesio aenormis</i> (Antonio García y García)	1107
Lecuona Prats, Emilio: <i>La liberalización de la propiedad a finales del Antiguo Régimen. Centro y periferia del proceso desamortizador y redentor de censos perpetuos en tiempos de Carlos IV</i> (Patricia Zambrana Moral)	1109
Osseiran, Sanaa: <i>Cultural Symbiosis in al-Andalus</i> (M. ^a Magdalena Martínez Almira)	1111
Piña Homs, Román: <i>Los abogados de las Baleares y su defensa corporativa</i> (A. Planas Roselló)	1114
Ramos Vázquez, Isabel: <i>El concejo de Jaén (1474-1556)</i> (A. Bermúdez)	1116
Rodríguez Ennes, Luis: <i>Gallaecia: romanización y ordenación del territorio</i> (Antonio Fernández de Buján)	1118
Rodríguez Ennes, Luis: <i>Fray Martín Sarmiento y el mundo del Derecho</i> (Ramón P. Rodríguez Montero)	1120
Sánchez-Arcilla Bernal, José: <i>Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica</i> (Guillermo Herrezuelo Conde)	1133
Savenco, G.V.: <i>Códigos españoles medievales. El Fuero de Cuenca (1189-siglo XIII). Códice Valentino. El Fuero de Sepúlveda (1300)</i> (Javier Alvarado Planas)	1144
Ureña y Smenjaud, Rafael: <i>La legislación gótico-hispana: (leges antiquiores-Liber Iudiciorum)</i> (Esperanza Osaba)	1145
Villa Gil, Luis Enrique de la: <i>La formación histórica del Derecho español del trabajo</i> (Guillermo Hierrezuelo Conde)	1148

VARIA

<i>Homenaje al Dr. Josep M. Font i Rius</i>	1155
<i>A propósito della raccolta di studi dedicati a Manlio Bellomo</i> (Enma Montanos Ferrín)	1156
<i>Jornadas internacionales sobre Isabel la Católica y las Indias</i> . Buenos Aires, 25-26 de octubre-2004 (A. Bermúdez)	1161
<i>Congreso sobre la igualdad jurídica en la América indiana y el legado de Isabel la Católica (1451-1504)</i> Santiago de Chile, 28-29 de octubre de 2004 (A. Bermúdez)	1162

	Páginas
<i>XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano</i>	1162
Cargos académicos	1163
Provisión de plazas de Catedrático de Universidad	1163
Habilitación nacional de Catedráticos de Universidad	1163
El Profesor Monreal en Estados Unidos	1164
El Profesor Escudero investido doctor <i>honoris causa</i> por la Universi- dad de Mesina	1164
In memoriam: Joaquín Cerdá Ruiz Funes	1164
In memoriam: Guillermo Lohmann Villena	1167
RELACIÓN DE COLABORADORES	1169
ÍNDICE	1171